eid

ten.

Lehrbuch

des

Pandektenrechts.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
Professor zu Heidelberg.

Dritter Band.
Dritte unveränderte Auflage.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Buddeus.
1874.

Vorrede zur ersten Auflage.

Die erste Abtheilung dieses dritten Bandes meines Lehrbuchs ist bereits im Herbst des vorigen Jahres ausgegeben worden; mit der zweiten Abtheilung, welche ich gegenwärtig dem Publikum übergebe, ist das Ganze vollendet. Wenn der Umstand, daß inzwischen zwei neue, verstärkte Auflagen der beiden ersten Bände nöthig geworden sind, das Vertrauen in mir erweckt, daß meine Arbeit nicht ganz fruchtlos gewesen sei, so sind doch andererseits die Mängel und Unvollkommenheiten derselben Niemandem besser als mir bekannt. Vielleicht darf ich hinzufügen, daß Manches kaum besser gemacht werden konnte. So lange ein Pandektenlehrbuch das römische Recht als praktisch anzuwendendes darzustellen hat, wird es ein sehr bedeutendes Maß von Mühe auf Punkte zu verwenden haben, welche nach Lage der Sache nie ganz außer Zweifel werden gesetzt werden können. Die Hoffnung, daß dieß einmal anders werden wird, liegt gegenwärtig näher als je. Die Neugestaltung Deutschlands, welcher wir unter dem Einfluß der gewaltigsten Ereignisse entgegengehen, muß uns über kurz oder lang das deutsche Gesetzbuch bringen. Dieses Gesetzbuch wird das Studium des römischen Rechts nicht beseitigen, sondern neu beleben; aber die Lehrbücher des römischen Rechts werden dann eine andere Gestalt haben. In diesem Sinne wünsche ich, daß das meinige möglichst bald veraltet sein möge.

Berchtesgaden, den 1. September 1870.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Diese zweite Auflage des dritten Bandes meines Lehrbuchs entspricht der dritten Auflage der beiden ersten Bände. In Betreff der Einrichtung derselben ist das in der Vorrede zum ersten Bande der dritten Auflage Gesagte zu wiederholen.

Heidelberg, im September 1871.

Bernhard Windscheid.

Inhaltsverzeichniß.

Sechstes Buch.

Das Erbrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Zweites Kapitel.

Von der Berufung zur Erbschaft.

Drittes Kapitel.

Von dem Erwerbe der Erbschaft.

Viertes Kapitel.

Das Rechtsverhältniß des Erben.

Fünftes Kapitel.

Die Vermächtnisse.

§. Seite

Sechstes Kapitel.

Anhänge.

Sechstes Buch.

Das Erbrecht*.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff des Erbrechts.

§. 527.

Durch den Tod des Menschen gehen seine Familienverhältnisse unter, und mit denselben erlöschen die auf ihnen beruhenden Rechte und Verbindlichkeiten (I §. 41). Dagegen erlöschen durch den Tod des Menschen die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse, in welchen er als Berechtigter oder Verpflichteter stand, abgesehen von

---

* Unter den Gesammtdarstellungen des Erbrechts sind besonders hervorzuheben die in neuerer Zeit von Köppen und Schirmer unternommenen, welche aber beide unvollendet sind, und von denen man fast anfangen muß zu fürchten, daß sie unvollendet bleiben werden. Von dem Köppen'schen Buch (System des heutigen römischen Erbrechts) sind 2 Lieferungen 1862 und 1864, von dem Schirmer'schen (Handbuch des römischen Erbrechts) ist der erste Theil 1863 erschienen. — Gleichfalls unvollendet sind folgende zwei Schriften: Mayer die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römischen Recht, 1. Th. 1840 (enthält nur die Lehre von der erbrechtlichen Gesammtnachfolge; die Bearbeitung der Lehre von den Vermächtnissen hat Mayer später unter besonderem Titel unternommen, aber von ihr ist ebenfalls nur Eine Lieferung, 1854, erschienen). Beckhaus Grundzüge des gemeinen Erbrechts, 1. Abth. 1861 (enthält die Lehre von der Berufung zur Erbschaft). — Unvollständig ist auch das Werk von Hunger das Erbrecht, 1834; dasselbe enthält nur die Lehre von der Berufung zur Erbschaft und von der Erwerbung derselben, hat aber auch nicht Mehr zur Darstellung bringen wollen. — Eine vollständige Darstellung des Erbrechts ist in folgenden Schriften enthalten. v. Hartitzsch das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, bearbeitet nach Haubold (1827). Vering römisches Erbrecht in historischer

Ausnahmen[1], nicht; sie gehen vielmehr auf eine andere Person oder eine Mehrheit anderer Personen über. Die Rechtsregeln, nach welchen dieser Uebergang erfolgt, bilden das Erbrecht.

II. Die Erbschaft.

§. 528.

Die oberste dieser Rechtsregeln ist, daß die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse eines Menschen durch seinen Tod die Einheit nicht verlieren, welche sie bis dahin in seiner Person hatten, daß sie übergehen als diese Einheit, und daß also der neue Erwerber zunächst in diese Einheit, und erst durch sie hindurch in die einzelnen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen eintritt[1]. Kürzer ausgedrückt: die vermögensrechtlichen Rechtsver-

---

und dogmatischer Entwickelung (1861). Tewes System des Erbrechts nach heutigem römischen Recht. Zum academischen Gebrauch (1863. 1864). — Nicht dogmatische Zwecke verfolgen folgende Werke: v. Dalwigk Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des römischen Rechts, neuer Gesetzgebungen und mehrer Landesstatuten, mit Gesetzesvorschlägen, 3 Bde. 1820—1822. Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung. 2. Band: das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem (1825). Lassalle das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung (auch als 2. Band des „Systems der erworbenen Rechte"), 1861. — Dagegen ist hier noch besonders darauf hinzuweisen, daß die Darstellung des österreichischen Erbrechts von Unger im 6. Bande seines „Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts" (1864) nach der dankenswerthen Art dieses Schriftstellers auch auf das römische Recht die eingehendste Rücksicht nimmt, und daß das Vangerow'sche Pandektenlehrbuch in seinem 2. Bande das Erbrecht mit besonderer Liebe und Ausführlichkeit behandelt. — Das Werk von Unger sowie die Pandektenlehrbücher sind hier, wie bisher, nur mit dem Namen ihrer Verfasser citirt.

§. 527. [1] S. §. 605 Note 5.

§. 528. [1] Der neue Erwerber tritt in die einzelnen Vermögensbestandtheile „per universitatem" ein (Gai. IV. 98, §. 6 I. per quas pers. 2. 9, l. 1 §. 1 D. de fundo dot. 23. 5, l. 1 §. 13 D. quod leg. 43. 3). Der Nachlaß des Verstorbenen ist eine „universitas" (l. 208 D. de V. S. 50. 16), ein „iuris nomen" (l. 119 eod., l. 178 §. 1 eod.), „iuris intellectum habet" (l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3). S. auch l. 24 D. de V. S. 50. 16 (l. 62 D. de R. I. 50. 17), l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 3 pr. §. 1 D. de B. P. 37. 1, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2.

hältnisse eines Verstorbenen gehen über als Vermögen (I §. 42); oder: die Rechtsnachfolge in sie ist eine Gesammtnachfolge (I §. 65)[2]. Die technische Bezeichnung für den Gesammtnachfolger eines Verstorbenen ist Erbe; das Vermögen, welches von dem Verstorbenen auf ihn übergeht, ist die Erbschaft[3].

Aus dem Begriff der erbrechtlichen Gesammtnachfolge ergeben sich unmittelbar die Sätze:

1) daß die Schulden des Verstorbenen auf den Erben übergehen unabhängig davon, ob sie durch das active Vermögen gedeckt werden (I §. 42 Note 3)[4];

2) daß im Falle einer Mehrheit von Erben die Antheile der Einzelnen keine anderen sein können, als Rechnungstheile (Bruchtheile)[5].

---

[2] Die Idee der erbrechtlichen Gesammtnachfolge ist dem römischen Recht eigenthümlich; das deutsche Recht kennt sie nicht. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 149, Gerber §. 248. 249. Ihr Grund ist ohne Zweifel ein rein praktischer, keine „metaphysische Nothwendigkeit", sondern die Rücksicht „zuerst auf die himmlischen, und dann aber auch auf die irdischen Gläubiger" (Brinz S. 660). Vgl. Note 4 und 5.

[3] Ueber die Ausdrücke „Erbe" und „Erbschaft" vgl. das Grimm'sche Wörterbuch und J. Grimm Rechtsalterthümer S. 466. 479. Die lateinischen Ausdrücke sind „heres" und „hereditas". S. die Citate der vorigen Note und vgl. §. 7 I. de her. qual. 2. 19: — „veteres heredes pro dominis appellabant". Festus s. v. heres. Vgl. dazu Huschke Rhein. Mus. f. Jurisprudenz VI S. 271 Note 23. — „Hereditas" bezeichnet aber auch das Erbesein, die rechtliche Stellung, welche der Erbe als solcher einnimmt, s. g. subjective Bedeutung von hereditas. S. §. 605 Note 10. — Im engeren (und eigentlichen) Sinne gehen die Ausdrücke heres und hereditas nur auf die civilrechtliche Erbfolge. S. §. 532.

[4] L. 119 D. de V. S. 50. 16. „Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem. L. 8 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Freilich hat Justinian diesen Satz nicht viel weniger als aufgehoben (§. 606).

[5] Der Erbe bekommt nicht nothwendigerweise das ganze Vermögen, aber er bekommt nothwendigerweise das Vermögen als Ganzes. Das Rechtsverhältniß bei der Miterbschaft ist ein analoges, wie beim Miteigenthum (I §. 169[a]), nur daß das Gemeinschaftliche hier eine unkörperliche, keine körperliche Sache ist (I §. 42 Note 6). — Bei einer Mehrheit der Erben vertheilen sich also auch die Schulden des Erblassers auf sie nach Bruchtheilen. Ginge das Vermögen des Erblassers nicht durch Gesammtnachfolge über, so müßte der Antheil eines jeden Erwerbers an den Schulden erst durch Schätzung des an ihn Gelangten bestimmt werden.

Die Auffassung, daß in und mit dem Vermögen des Verstorbenen seine vermögensrechtliche Persönlichkeit auf den Erben übergehe[6], ist nicht zu billigen[7].

---

[6] So namentlich Puchta §. 446. 447. und Vorll. dazu, auch Rhein. Mus. III S. 302—305; ferner u. A. Ihering Abhandlungen Nr. 3, v. Scheurl Beiträge Nr. 1, Arndts §. 464 Anm. 1. §. 521 Anm. 3 (dieser jedoch ohne besondere Energie), Keller §. 456 z. A. und a. E. (welcher Schriftsteller jedoch nicht von der „vermögensrechtlichen", sondern von der „ökonomischen" Persönlichkeit des Erblassers spricht), Vering S. 65 fg., Neuner die Heredis institutio ex re certa §. 1 und Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse §. 13 (nam. S. 91). Im Einzelnen findet sich diese Auffassung noch verschieden ausgebildet: und namentlich zeigt sich ein Gegensatz darin, daß entweder die vermögensrechtliche Persönlichkeit auch als im Erben fortlebend gedacht wird, oder daß sie bloß benützt wird, um das Vermögen auf den Erben überzuleiten, und daß sie entlassen wird, sobald sie diesen Dienst geleistet hat. Das Letztere ist die Auffassung von Ihering; der ersteren Ansicht sind Puchta, Scheurl und Arndts, und zwar denken die beiden Erstgenannten die in den Erben übergegangene vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers zugleich als Object des Rechts des Erben, was denn freilich Arndts für eine Uebertreibung erklärt. [Scheurl hat diese Ansicht später aufgegeben; s. dessen Lehrbuch der Institutionen §. 26. 45. 183]. — Gegen die bezeichnete Auffassung haben sich erklärt u. A. Windscheid krit. Ueberschau I S. 194 fg., Brinz S. 667 fg., Köppen die Erbschaft S. 96 fg. und Erbrecht S. 234 fg., Unger §. 2 Note 7. — Welches die eigentliche Ansicht von Northoff Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 13 sei, ist schwer zu sagen; jedenfalls darf die Abhandlung ungelesen bleiben (vgl. auch Unger §. 2 Anm. 9).

[7] Die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend denken, heißt: den Erblasser in vermögensrechtlicher Beziehung als fortlebend denken, und warum soll er als fortlebend gedacht werden, da er doch in Wirklichkeit gestorben ist? 1) Man sagt: weil das Vermögen kein objectiver, sondern ein subjectiver Begriff sei, nur durch eine Person, welche das Subject desselben ist, existire. Aber selbst wenn dieß richtig wäre (vgl. §. 531 Note 12), so bekommt ja das Vermögen des Erblassers in dem Erben, auf welchen es übergeht, ein neues Subject; warum sollte dieses Subject nicht genügen? Entgegnet man: weil für die Identität des Vermögens Identität des Subjects erforderlich ist, so kommt man auf die allgemeine Frage nach dem Verhältniß des Rechts zu seinem Subject, auf welche schon oben I §. 49 Note 2. §. 65 Note 3 Antwort gegeben worden ist. Es kann sich daher höchstens darum handeln, ob nicht für diejenige Zeit nach dem Tode des Erblassers, wo der Erbe noch nicht eingetreten ist, die Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend gedacht werden muß; darüber s. §. 531 Note 12. 2) Ein genügender Beweis für die hier zurückgewiesene Auffassung liegt auch gewiß nicht darin, daß in Nov. 48 pr. der Satz, der Erbe müsse die Erklärung des Erblassers über den Bestand der Erbschaft anerkennen wie seine eigene Erklärung, zu dem Ausdrucke zuge-

III. Berufung zur Erbschaft.

§. 529.

Für die Frage: auf Wen das Vermögen eines Verstorbenen übergehe? ist in erster Linie entscheidend die von dem Verstorbenen selbst bei seinen Lebzeiten in gehöriger Weise getroffene Bestimmung. Erst in Ermangelung einer solchen Bestimmung tritt Berufung durch das Gesetz (Rechtssatz) ein. Nur zu Gunsten gewisser Personen kehrt das Verhältniß sich um: sie werden vom Gesetze zur Erbschaft berufen auch wenn eine sie ausschließende Berufung durch den Erblasser vorliegt. Demnach ist die Berufung zur Erbschaft entweder eine Berufung durch den Willen des Erblassers, oder ohne diesen Willen, oder gegen diesen Willen[1].

---

spitzt wird, daß der Erbe mit dem Erblasser gewissermaßen eine Person bilde (— „cum . . nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem"); heißt es doch auch in l. 34 pr. D. de leg. I° 30 von zwei zusammengenannten Vermächtnißnehmern, daß sie „unius personae potestate funguntur" (Unger §. 2 Anm. 9), womit zu vergleichen ist. l. 59 D. de R. I. 50. 17: „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat" (§. 605 Note 4). 3) In l. 62 D. de A. R. D. 41. 1 und l. 1 §. 1 D. de fundo dot. 23. 5 ist kein anderer Gedanke enthalten, als daß ein Veräußerungsverbot kein Vererbungsverbot sei; vgl. auch l. 9 pr. §. 1 D. de re mil. 49. 16, und s. über diesen Punkt Windscheid krit. Ueberschau I S. 198, Köppen die Erbschaft §. 22, Schirmer §. 3 Note 43, Unger §. 40 Anm. 7. 4) Ueber Anderes, was man geltend gemacht hat, s. Windscheid a. a. O. S. 197, Brinz S. 669 fg.

[1] Wie wir von Berufen, so sprechen die Quellen von vocare. Lex vocat, oder vocatur aliquis per legem, lege, ex senatus consulto, ex constitutione, s. z. B. Gai. I. 165. II. 35. 167. 169. III. 36, l. 6 D. de suis 38. 16, l. 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 §. 14 D. ad SC. Tert. 38. 17; praetor, proconsul vocat, z. B. l. 1 §. 7 D. de coniung. 37. 8, l. 1 §. 5 D. si tab. test. nullae 38. 6, l. 2 D. unde cogn. 38. 8, l. 26 C. fam. erc. 3. 36; testator vocat, l. 63 §. 7 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 88 §. 6 D. de leg. II° 31; substitutio vocat, Gai. II. 181, aber auch substitutus vocatur, l. 9 pr. D. de iniusto 28. 3. Es ist klar, und in der zuletzt genannten Redeweise tritt es unmittelbar hervor, daß im Grunde alle Berufung eine gesetzliche ist; die Berufung durch den Erblasser hat rechtliche Bedeutung nur insofern sie vom Gesetze (Rechte) anerkannt wird, insofern das Gesetz (Recht) sie sich aneignet; die s. g. gesetzliche Berufung ist eine unmittelbar gesetzliche, die Berufung durch den Erblasser eine mittelbar gesetzliche. Es macht sich hier dieselbe Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs geltend, wie bei dem Rechtserwerb überhaupt (I §. 68 Note 1). S. auch l. 130 D. de V. S. 50. 16. „Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae §. 529.

Die Verfügung des Erblassers, durch welche er sich einen Erben beruft, heißt Testament. Nach heutigem Recht kann ein Erbe auch auf dem Wege des Vertrags[2], durch einen Erbvertrag[3], berufen werden[4].

---

ex testamento defertur; quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur".

[2] Nach römischem Recht war jede vertragsmäßige Berufung eines Erben ungültig: es galt den Römern als ein Verstoß gegen die guten Sitten, sich in Betreff der Verfügung über seinen Nachlaß zu binden. L. 15. 19 C. de pact. 2. 3, l. 34 C. de transact 2. 4, l. 5. C. de pact. conv. 5. 14. S. auch l. 61 D. de V. O. 45. 1. Die heutige Gültigkeit der vertragsmäßigen Erbesberufung beruht auf einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsrecht, welches sich auf Grund eines älteren deutschen Rechtsgedankens gegenüber dem recipirten römischen Recht in der Form des Juristenrechts ausgebildet hat. S. die Citate in der folgenden Note.

[3] Testament und Erbvertrag sind nicht zwei verschiedene Berufungsgründe, sondern zwei Erscheinungsformen eines und desselben Berufungsgrundes. Das Testament ist einseitige und daher frei widerrufliche Berufung durch den Erblasser, der Erbvertrag vertragsmäßige und daher unwiderrufliche Berufung durch den Erblasser. Dieser Gesichtspunkt ist schärfer, als bisher geschehen ist, hervorgehoben und betont worden in der neuesten Schrift über den Erbvertrag, von G. Hartmann (die Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860), jedoch mit Hineinmischung eines, wie mir scheint, irrigen Elementes. Dieses irrige Element besteht darin, daß Hartmann den Erbvertrag in zwei Bestandtheile zerlegt: 1) die einseitige Erbeseinsetzung, 2) den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf derselben. Mit gleichem Rechte könnte er die Tradition oder den obligatorischen Vertrag zerlegen in: 1) die einseitige Erklärung, der Gegner solle Eigenthümer oder Gläubiger werden, 2) den vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf dieser Erklärung. Die Möglichkeit des Widerrufs der vertragsmäßigen Erklärung wird verloren nicht durch einen dieselbe begleitenden Verzichtvertrag, sondern durch ihre Annahme von der Gegenseite, welche im Zusammenschluß mit ihr eben den Vertrag ausmacht. Ich wüßte nicht, weßwegen die gleiche Auffassung beim Erbvertrag unzulässig sein sollte, und es fällt mir schwer, mich in die Argumentation Hartmann's S. 2 fg. hineinzudenken. Hartmann's Ausgangspunkt ist, daß durch den Erbvertrag dem Berufenen nicht „sofort ein festes Recht erworben sei". Freilich keine gegenwärtige rechtliche Macht über Sache oder Person; aber ist das denn zum Begriffe des Vertrags nothwendig? Zum Begriff des Vertrags gehört, daß die von dem Einen abgegebene Willenserklärung durch die Erklärung des Andern ergriffen, festgehalten werde (I §. 69); welches der Inhalt jener ersten Erklärung sei, ist, wie man ja längst erkannt hat, für den Begriff des Vertrags gleichgültig, und warum sie gerade darauf nicht sollte gehen können, daß nach meinem Tode Jemand, wenn er will, mein Erbe soll werden können, leuchtet nicht ein. Indem der Bezeich-

Der vom Gesetze in Ermangelung einer Bestimmung des Erblassers berufene Erbe heißt **gesetzlicher** oder **Intestaterbe**[5],

---

nete diese Erklärung annimmt, erreicht er, daß ihm die in Aussicht gestellte rechtliche Position nicht mehr verkümmert werden kann, und erlangt damit gerade so viel „sofortiges Recht," als zum Begriff des Vertrags erforderlich ist. Doch haben sich für Hartmann's Construction ausgesprochen Arndts (Haimerl's österr. VJSchr. VII. 10 und Pand. 501 Anm. 5) und Unger (§. 26 Anm. 3). Gegen dieselbe: Ruhwandl in der deutschen Gerichtszeit. Jahrg. 1863 Nr. 26, 27, Schirmer §. 5 Note 8 a. E., Köppen §. 4 Note 50, Gerber deutsch. Privatr. §. 257 Note 1, Beseler deutsch. Privatr. §. 157 Note 4. — Uebrigens bleibt es auch bei der hier vertretenen Auffassung wahr, was Hartmann als Consequenz der seinigen so energisch betont, sowohl daß die in einem Erbvertrag enthaltene Erbeseinsetzung in Betreff der Voraussetzungen ihrer Gültigkeit wie in Betreff ihrer Wirkungen im Princip nach den Regeln für die testamentarische Erbeseinsetzung zu beurtheilen ist, als auch daß, wenn der Erbvertrag als Vertrag ungültig ist, die in demselben enthaltene Erbeseinsetzung dagegen den Erfordernissen einer testamentarischen Einsetzung entspricht (z. B. Erbvertrag mit testamentarischer Form bei Minderjährigkeit des Erblassers), die vertragsmäßige Erbeseinsetzung als einseitige aufrecht erhalten werden kann; es wird damit die Grenze erlaubter Conversion (I §. 82 Num. 5) nicht überschritten. — Literatur des Erbvertrages außer der citirten Schrift von Hartmann: Hasse Rhein. Mus. II S. 149 fg. 300 fg. III S. 1 fg. (1828. 1829). Beseler die Lehre von den Erbverträgen. 2 Bde. 1834. 1837. 1840. Buddeus im RLex. IV S. 27—48 (1843). Dieck Encyclopädie von Ersch und Gruber XXXX S. 394—431 (1841). Gerber deutsch. Privatr. §. 257—264, Beseler deutsch. Privatr. §. 156—161. Köppen S. 285—288, Brinz §. 189, Unger §. 26.

[4] Zu unterscheiden vom Erbvertrag ist der Vertrag über die noch nicht angefallene Erbschaft eines noch lebenden Dritten. Dieser Vertrag ist nach römischem wie nach heutigem Recht ungültig, es müßte denn der Dritte seine Zustimmung gegeben haben. L. 29 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 30 C. de pact. 2. 3; vgl. l. 2 §. 2 D. de vulg. 28. 6: — „improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate". Hasse (Note 3) II S. 218 fg., Beseler Erbvertr. II. 2 S. 328 fg., Köppen §. 4 Note 49 Nr. 2, Vangerow II §. 396 Anm. Nr. II, Sintenis III §. 159 Anm. 6. Seuff. Arch. II. 313, VIII. 153, XIII. 151, XVIII. 91. Doch ist auch die Ansicht nicht unvertreten, daß mit der Anerkennung der Gültigkeit des Erbvertrages der bezeichnete Vertrag ebenfalls gültig geworden sei, s. z. B. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 341, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 453, und darnach ist erkannt bei Seuff. Arch. I. 252, XIII. 44, XIV. 216, XX. 51. — Eine andere Frage ist es, ob nicht mit der Anerkennung der Gültigkeit der Erbverträge der Satz des römischen Rechts beseitigt ist, daß der Erblasser sich in der Freiheit der Verfügung über seinen Nachlaß auch nicht obligatorisch binden könne (l. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39), und diese

der vom Gesetze gegen die Bestimmung des Erblassers berufene Erbe heißt Notherbe[6]. —

Eine wirksame Erbschaftsberufung tritt nicht vor dem Tod des Erblassers[7], aber sie tritt nicht nothwendig sofort mit dem Tode des Erblassers ein[8].

IV. Anfall und Erwerb der Erbschaft.

§. 530.

Wenn eine wirksame Erbschaftsberufung zu Gunsten einer bestimmten Person vorhanden ist, so sagt man, derselben sei die Erbschaft deferirt, angefallen[1]. Der Anfall aber macht den

---

Frage glaube ich allerdings bejahen zu müssen. Doch gehen auch über diesen Punkt die Ansichten auseinander. S. Hasse II S. 206 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 209 fg., Beseler II S. 61 fg. 315 fg., Hartmann S. 116 fg., Unger §. 24 Anm. 6, Köppen §. 4 Note 49 Nr. 1. Seuff. Arch. IX. 48.

[5] Die Quellen setzen der testamentaria hereditas die intestati hereditas, die hereditas quae ab intestato defertur, obvenit entgegen. Vgl. z. B. Ulp. XXV. 1, Gai. II. 99, §. 2 I. per quas pers. 2. 9, l. 39 D. de A. v. O. 29. 2. Die Ausdrücke legitimus heres, legitima hereditas haben in den Quellen aber noch eine besondere Beziehung auf das Zwölftafelgesetz, so daß dann die sui heredes, deren Erbrecht in den 12 Tafeln nur vorausgesetzt, nicht besonders sanctionirt worden war, den legitimi heredes entgegengesetzt werden. Vgl. Schirmer §. 5 Note 1.

[6] Vgl. 530 Note 3 und §. 575 Note 3.

[7] Eine wirksame Erbschaftsberufung: die Thatsache der Berufung zur Erbschaft ist jedenfalls bei der Berufung durch den Willen des Erblassers schon vor dem Tode des Erblassers vorhanden, und auch was die gesetzliche Berufung angeht, ist es sprachlich nicht unrichtig, von dem nächsten Verwandten schon vor dem Tode des Erblassers zu sagen, daß er zur Erbschaft desselben berufen sei. Uebrigens ist es eine bedeutende Erleichterung der Darstellung, wenn unter Berufung zur Erbschaft da, wo nicht der Zusammenhang deutlich das Gegentheil ergibt, sofort eine wirksame Berufung verstanden wird, und von dieser Freiheit wird im Folgenden Gebrauch gemacht werden.

[8] Der Erblasser hat sich einen Erben unter einer noch schwebenden Bedingung berufen. Der zur Erbschaft Berufene ist noch im Mutterleib.

§. 530. [1] Der Ausdruck defertur hereditas ist quellenmäßig; das Substantivum delatio hereditatis kommt in den Quellen nicht vor. Heutzutage spricht man ganz gewöhnlich von Delation der Erbschaft. Und zwar gebrauchen die Meisten diesen Ausdruck als synonym mit dem Ausdruck Berufung zur Erbschaft. Dawider Puchta §. 448 und Vorl. dazu; s. auch Köppen S. 299. In der That ist eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Ausdrücken nur dann nicht

Berufenen regelmäßig noch nicht sofort zum Erben; der Berufene muß vielmehr regelmäßig die Erbschaft erst durch eine von ihm abgegebene Willenserklärung erwerben[2]. Von dieser Regel gilt eine Ausnahme nur zu Gunsten der Descendenten, welche in der unmittelbaren Gewalt des Erblassers gestanden haben[3].

V. Die ruhende Erbschaft*.

§. 531.

Da es nach dem zuvor Gesagten eine Erbschaft geben kann, ohne daß für sie bereits ein Erbe vorhanden ist[1], so wird es nothwendig, das Rechtsverhältniß, in welchem die Erbschaft sich in dieser Zwischenzeit befindet, zu bestimmen[2]. Man gebraucht für die Erbschaft in dieser Zwischenzeit den in der Ueberschrift genannten Ausdruck[3].

---

geboten, wenn man unter Berufung zur Erbschaft lediglich eine wirksame Berufung versteht (§. 529 Note 7). — Ueber einen ganz besonderen Sinn, welchen Northoff Jahrb. f. Dogm. V S. 190 fg. mit dem Ausdruck „Delation" verbindet, s. §. 597 Note 5 a. E.

[2] Vgl. l. 151 D. de V. S. 50. 16. „Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi".

[3] Sie sind nach römischer Bezeichnung necessarii heredes, welcher Ausdruck also mit unserem Ausdruck Notherbe (§. 529 Note 6) nicht verwechselt werden darf.

* Savigny System II §. 102 (1840). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 40—77 (1843). Arndts im RLex. IV S. 2—6 (1843). Jhering Abhandlungen aus dem röm. Recht Nr. 1 (1843). v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Nr. 1 (1853). Pagenstecher Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 21—36 (1853). Windscheid krit. Ueberschau I. 2 (1853). Kuntze die Obligation 2c. S. 376—384 (1856). Windscheid die Actio 2c. S. 233—238 (1856). Köppen die Erbschaft (1856). Vering S. 65 fg. 89 fg., Köppen §. 2, Schirmer §. 3. Unger §. 7, Brinz §. 154. 155, auch S. 1000 fg., Arndts §. 465. [Schmidt (von Ilmenau) die Persönlichkeit des Sclaven nach röm. Recht (akad. Programm 1868) S. 41 fg.] §. 531.

[1] Weil nicht sofort mit dem Tode des Erblassers eine (wirksame) Erbschaftsberufung eingetreten ist (§. 529 Note 8), oder weil der Berufene die Erbschaft noch nicht erworben hat (§. 530 Note 2).

[2] Nach der diesem Kapitel gegebenen Ueberschrift sollte hiervon eigentlich nicht an diesem Orte gehandelt werden; der eigentliche Sitz dieser Lehre wäre das sechste Kapitel. Doch trägt das in ihr zu Sagende zur Erläuterung des Begriffs der Erbschaft (§. 528) bei, und dadurch rechtfertigt sich diese kleine Ungenauigkeit der Anordnung.

[3] Die Quellen sagen: hereditas iacet. L. 1 D. de B. P. fur. 37. 3,

Die fragliche Bestimmung kann zunächst nur dahin gehen, daß die ruhende Erbschaft, da sie ihren früheren Herrn verloren und einen neuen noch nicht gewonnen hat, einstweilen eben ohne Herrn ist[4], daß aber dadurch im Uebrigen an ihrer rechtlichen Lage nichts geändert wird, und daß daher die zu ihr gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten weder ihre Existenz verlieren[5], noch ihre Einheit als Vermögen[6], und daß dieses Vermögen auch die Fähigkeit behält, sich durch neu hinzutretende Rechte und Verbindlichkeiten zu erweitern, soweit die Entstehung von Rechten und Verbindlichkeiten möglich ist ohne daß sie für eine physische Person entstehen[7]. In der That ist diese Auffassung in den Quellen mit Entschiedenheit vertreten[8].

---

l. 1 pr. D. de succ. ed. 38. 9, l. 4 §. 17 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 13 §. 5 D. quod vi aut clam 43. 24. Es mag nicht überflüssig sein, zu bemerken, daß der oben bezeichnete deutsche Ausdruck diesem quellenmäßigen Ausdruck genau genommen nicht entspricht. Denn der lateinische Ausdruck will nicht die Unthätigkeit der Erbschaft betonen, als wenn sie mit dem Erwerbe in eine besondere Action träte, sondern die Vorstellung, auf welcher er beruht, ist einfach die eines Liegens ohne aufgenommen zu sein. Doch sind andere Ausdrücke, die man gebrauchen könnte, auch nicht tadellos. Der Ausdruck „unerworbene Erbschaft" würde die Vorstellung erwecken, als fehle es hier immer nur an dem Erwerbe, während es auch an der Berufung fehlen kann; der Ausdruck „erblose Erbschaft" würde nicht sagen, daß es sich hier um eine Erbschaft handelt, die ihren Erben noch erwartet.

[4] Vgl. l. 1. pr. D. de succ. ed. 38. 9: — „ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent", und s. die folgende Note.

[5] Bei ruhender Erbschaft sind zwar die Erbschaftssachen res nullius, nullius in bonis, sine domino (Gai. II. 9 [l. 1 pr. D. de D. R. 1. 8], l. 13 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 9 D. de naut. foen. 22. 2, l. 64 D. de her. inst. 28. 5, l. 13 §. 5 D. quod vi aut clam 43. 24, l. 6 D. exp. her. 47. 9), die Erbschaftsschulden ohne Schuldner (l. 11 pr. D. de pec. const. 13. 5, l. 9 D. de naut. foen. 22. 2, vgl. auch l. 10 D. ut leg. 36. 3), und ebenso die Erbschaftsforderungen ohne Gläubiger (vgl. noch l. 3 §. 6 l. 22 D. de neg. gest. 3. 5). Aber deßwegen sind die Erbschaftssachen nicht rechtlos (l. 36 D. stip. serv. 45. 3: — „nec potest relictus videri, qui universo hereditatis iure continetur"), die Erbschaftsschulden und die Erbschaftsforderungen gehen nicht unter (l. 11 pr. D. de pec. const. 13. 5: — „debita pecunia constituta est", l. 10. D. ut leg. 36. 3: — „quia omnimodo dari oportet legatum").

[6] L. 36 D. de stip. serv. 45. 3 (Note 5): — „universo hereditatis iure".

[7] L. 20 §. 3 D. de H. P. 5. 3: — „hereditas et augmentum recipit et deminutionem". L. 178 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 3 §. 6 D. de neg

Neben dieser Auffassung findet sich in den Quellen aber auch eine andere. Wie in sonstigen Fällen für subjectlose Rechte und Verbindlichkeiten auf künstlichem Wege, durch Personification eines Unpersönlichen, ein Subject gewonnen worden ist, so ist es auch hier geschehen. Und da sich ein Anderes, was hätte personificirt werden können, nicht darbot, so hat man die Erbschaft selbst personificirt und sie selbst zum Subject ihrer eigenen Rechte und Verbindlichkeiten gemacht, derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen sie besteht und ohne welche sie nicht vorhanden sein würde[9]. Mit anderen Worten: man hat die Erbschaft zur juristischen Person erhoben[10].

gest. 3. 5. S. ferner l. 40 D. de usurp. 41. 3; l. 13 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 1 § 6 D. de iniur. 47. 10; l. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5; l. 9 D. de naut. foen. 22. 2, l. 77 D. de V. O. 45. 1; l. 68 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 55 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 11 §. 2 D. de accept. 46. 4, l. 29 D. de capt. 49. 15.

[8] S. die Stellen der drei vorhergehenden Noten.

[9] Es heißt von der Erbschaft, sie sei „domina“, l. 31 §. 1 D. de her. inst. 28. 2, l. 1 §. 1 D. si is qui test. 47. 4; „dominus habetur“, l. 13 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2; „pro domino habetur“, l. 61 pr. D. de A. R. D. 41. 1; „domini loco habetur“, l. 15 pr. D. de interrog. 11. 1; „dominae locum obtinet“, l. 13 §. 5 D. quod vi aut cl. 43. 24; „personam domini sustinet“, l. 9 C. dep. 4 34. Es heißt ferner, daß die Erbschaft „personae vice fungitur“, d. h. daß sie die Stelle eines menschlichen Individuums vertrete (I. §. 49 Note 5), l. 15 pr. D. de usurp. 41. 3, l. 22 D. de fidei 46. 1.

[10] Dieß leugnen Savigny, Köppen, Brinz. Savigny findet im römischen Recht zwar die Fiction, die Erbschaft stelle eine Person (oder den Verstorbenen, s. Note 12) vor; aber damit sei sie als juristische Person nicht anerkannt, und auch jene Fiction sei bloß zur Erleichterung des Sclavenerwerbes aufgestellt, und habe daher für das heutige Recht keine Bedeutung mehr. Die beschränkte Beziehung der Fiction auf den Sclavenerwerb, die gewiß unrichtig ist, weist Köppen zurück; aber auch er findet in den Quellen nur den Ausdruck des Gedankens, daß für die Erbschaft Erwerb und Verlust in der gleichen Weise möglich sei, wie für den Eigenthümer (bez. den Verstorbenen) und sie insofern den Eigenthümer (bez. den Verstorbenen) vertrete. Uebereinstimmend Brinz S. 665. 666. — Mir scheint es unmöglich, den in Note 9 und 12 angeführten Stellen gegenüber mit der Anerkennung zurückzuhalten, daß die Römer die ruhende Erbschaft als Dasjenige angesehen haben, was wir (freilich nicht sie) eine juristische Person nennen. Daß die Erbschaft eine juristische Person besonderer Art ist, eine juristische Person, welche nichts ist außer dem, was sie hat, welche, um einen Ausdruck von Brinz (S. 1000 fg.) zu gebrauchen, nur hat um zu bewahren, nicht um zu verwenden, liegt auf der Hand. Aber daraus folgt nicht, daß sie eine juristische

Zu dem Gesagten ist noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Wenn bei der Begründung von Rechtsverhältnissen für die Erbschaft Eigenschaften der Erwerbsperson in Frage kommen, welche eine menschliche Persönlichkeit voraussetzen: soll man dann einfach dabei stehen bleiben, daß die Erbschaft eben solche Eigenschaften nicht haben könne, oder soll man auf die Person des Erblassers, oder umgekehrt auf die des zur Erbschaft Berufenen sehen? Das römische Recht hat sich dafür entschieden, daß auf die Person des Erblassers gesehen werden solle[11]. Dieß wird so ausgedrückt: die Erbschaft vertritt den Erblasser, stellt den Erblasser dar[12].

Person überhaupt nicht sei; wird sie doch in l. 22 D. de fidei 46. 2 geradezu den Gemeinden gleichgestellt. Uebrigens ist dieser Streit ein praktisch äußerst unfruchtbarer. Denn ein Recht für die juristische Person als solche gibt es nicht (I §. 58), und daß die Rechtsfähigkeit der ruhenden Erbschaft etwa nach den Regeln für Corporationen oder für Stiftungen zu bemessen wäre, behauptet Niemand, wie denn die Quellen den Mangel der menschlichen Persönlichkeit bei ihr ausdrücklich für einen Grund der Unfähigkeit zum Haben eines Nießbrauchs erklären (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3, l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 16 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2), sie eben deßwegen keinen Besitz haben kann (— „quae facti est et animi", l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4, vgl. Seuff. Arch. III. 348, s. übrigens auch das. XIV. 102 und Unger §. 7 Anm. 20, Arndts §. 465 Anm. 2), und keine Spur davon vorkommt, daß sie zum Erben eingesetzt oder ihr vermacht werden könnte; s. noch II §. 454 Nr. 4. — Scheurl, dem Schirmer (S. 22) beitritt, meint, die ruhende Erbschaft sei zwar eine fingirte, aber keine juristische Person. Auch für diese Unterscheidung sehe ich keinen Grund, vgl. Windscheid a. a. O. S. 190. — S. auch Unger a. a. O. Anm. 8. 11, Arndts a. a. O. Anm. 1. 2.

[11] L. 33 §. 2 l. 34 D. de A. R. D. 41. 1; §. 2 I. de her. inst. 2. 14; pr. I. de stip. serv. 3. 17, l. 31 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 116 §. 3 D. de leg. I° 30. Aus Versehen haben die Compilatoren auch eine Stelle aufgenommen, in welcher es heißt, daß die Erbschaft den künftigen Erben darstelle, l. 24 D. de nov. 46. 2, ja selbst eine Stelle, in welcher der zuerst gedachte Gesichtspunkt vertreten ist, l. 55 §. 1 D. de leg. II° 31 (s. übrigens über diese Stelle auch Schirmer §. 3 Note 43 a. E.), s. auch l. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. — Die Frage hatte für die Römer Interesse namentlich wegen des Erfordernisses des commercium bei den civilen Erwerbarten; ganz unpraktisch ist sie aber auch heutzutage nicht. Man denke z. B. daran, daß irgendwo noch Staatsangehörigkeit oder ein gewisses religiöses Bekenntniß Voraussetzung des Erwerbes von Grundeigenthum ist. S. auch Köppen S. 213. 218 fg.

[12] Hereditas defuncti personam, defuncti vicem, defuncti personae vicem substinet; defuncti personae vice fungitur; defuncti locum obtinet.

2. Wird der Berufene durch den Antritt der Erbschaft Rechtsnachfolger der Erbschaft oder des Erblassers? Es ist dem römischen Recht unnatürlich erschienen, daß der Erbe die Erbschaft aus der Hand der Erbschaft selbst erwerben sollte, und deßwegen erklärt es ihn für den Rechtsnachfolger des Erblassers, und nicht der Erbschaft. Dadurch sah es sich aber genöthigt, der Rechtsnachfolge des Erben eine andere zeitliche Beziehung zu geben, als sie in der Wirklichkeit hat, und sie auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückzuübertragen[13]. Praktische Bedeutung darf

---

S. die Stellen der vorigen Note. — Es ist die Meinung sehr verbreitet (Puchta §. 447 und Vorll. dazu, Ihering, Scheurl, Pagenstecher, Kuntze, Vering, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 93 — diese übrigens nicht durchweg übereinstimmend, s. auch Savigny System I S. 381), das wahre Subject der zu einer ruhenden Erbschaft gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten, wie der Erbschaft selbst, sei die als fortlebend gedachte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, und man hat in den oben bezeichneten Ansprüchen der Quellen ein unmittelbares Zeugniß für diese Auffassung zu finden geglaubt. Sehr mit Unrecht. In jenen Aussprüchen ist von Persönlichkeit nichts enthalten, und am wenigsten davon, daß die Erbschaft von der Persönlichkeit des Verstorbenen gehabt werde; sie wollen einfach sagen, daß die Erbschaft den Erblasser in seiner leiblichen Erscheinung (persona) darstelle, vertrete, als wenn er noch lebe, daß sie daher für den Rechtserwerb (abgesehen von Ausnahmen — „in multis partibus iuris, in plerisque", l. 61 D. de A. R. D. 41. 1, l. 15 pr. D. de usurp. 41. 3, pr. I. de stip. serv. 3. 17) behandelt werde, wie er selbst behandelt werden würde, wenn er nicht gestorben wäre. S. auch l. 41 D. de R. C. 12. 1 (*vv.* quodsi stipulatus quoque esset *cett.*), l. 18 §. 2 D. de stip. serv. 45. 3; l. 3 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5. l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2. Der letzte und eigentlich treibende Grund jener Auffassung ist freilich die Meinung, daß Rechte und Verbindlichkeiten, als einzelne wie als Vermögen, nicht gedacht werden könnten ohne Subject, und daß daher, wo ein Subject fehle, ein solches durch Gedankenoperation geschaffen werden müsse. S. dagegen Windscheid, Schirmer, Unger a. a. O., und vgl. auch I §. 49 Note 2. (Vollständig will übrigens auch Schirmer die Idee der fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers nicht aufgeben, s. S. 21. 22). Ein ganz neuer Grund findet sich bei Neuner a. a. O. in der Behauptung, daß bereits bei Lebzeiten des Menschen das eigentliche Subject seiner Rechte und Verbindlichkeiten nicht sowohl er selbst, als vielmehr sein ideelles Vermögen, d. h. seine Vermögensfähigkeit oder seine vermögensrechtliche Persönlichkeit sei. S. I §. 42 Note 3.

[13] L. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte testatoris successisse defuncto intellegitur". L. 138 pr. D. de R. I. 50. 17. „Omnis hereditas, quamvis postea adeatur,

dieser lediglich durch die bezeichnete Auffassung hervorgerufenen Rückübertragung nicht beigemessen werden[14].

VI. Hereditas und bonorum possessio*.

§. 532.

Wie für die Entwickelung des gesammten römischen Rechts, so ist namentlich auch für die Entwickelung des römischen Erbrechts die Thätigkeit des Prätors von eingreifender Wichtigkeit geworden. Der Prätor konnte jedoch seiner Stellung nach eigentliches Erbrecht nicht verleihen[1]; er konnte, wenn er über das Civilrecht hinausgehen wollte, nur durch seine Jurisdiction denjenigen factischen Zu-

---

tamen cum tempore mortis continuatur". L. 193 D. de R. I. 50. 17, l. 28 §. 4 D. de stip. serv. 45. 3.

[14] Vgl. den in der vorigen Note genannten Stellen gegenüber: l. 8 D. de R. C. 12. 1: — „heredis a die aditae hereditatis videntur nummi fuisse"; l. 1 §. 6 D. de iniur. 47. 10: — „hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri"; l. 80 D. de leg. II° 31: — „ut . . recta via dominum quod hereditatis fuit ad legatarium transeat". Nur in Einer Beziehung ist von einigen römischen Juristen der Versuch gemacht worden, den genannten Satz auch praktisch zu verwerthen, um nämlich die Gültigkeit einer von einem Erbschaftssclaven auf den Namen des künftigen Erben gestellten Stipulation zu retten jedoch auch hier unter entschiedenem Widerspruch Anderer. L. 28 §. 4 l. 35 D. de stip. serv. 45. 3 — l. 16 l. 18 §. 2 D. eod., l. 27 §. 10 D. de pactis 2. 14. — Uebrigens gehen die Meinungen über Sinn und praktische Bedeutung der genannten Regel auseinander. Vgl. Puchta Vorll. II S. 297, Ihering S. 167 fg., Scheurl S. 51 fg., Windscheid S. 198 fg., Köppen Erbschaft S. 123 fg. und Jahrb. f. Dogm. V S. 181 fg., Schirmer S. 67 fg., Unger §. 6 Anm. 4, Arndts §. 521 Anm. 1.

§. 532. * Das Hauptwerk über die bonorum possessio ist: Leist die Bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung. 2 Bde. 1844. 1848. S. ferner: v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzg. III S. 216—353 (1818. 1819). IV S. 149—158 (1820). 403—471 (1844). Fabricius Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum (1837). Huschke Jahrb. f. deutsche RW. Jahrg. 1839 S. 1—34. S. J. Hingst Commentatio de bonorum possessione (1838). Vering S. 557—563, Köppen S. 22 fg. 282 fg., Schirmer §. 7. Vangerow II §. 398—400. [Leist Fortsetzung von Glück, Serie der Bücher 37 und 38, Bd. I. 1870.]

[1] Gai. III. 32. „Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest". Ulp. XXVIII. 12, §. 2 I. de B. P. 3. 9.

stand verwirklichen, welcher auch bei wirklichem Erbrecht hätte stattfinden müssen[2]; daher die von ihm gewährte rechtliche Stellung bonorum possessio heißt, im Gegensatz zur hereditas als dem vom Civilrecht verliehenen Erbrecht[3].[4] — Der römische Prätor hat sich aber nicht darauf beschränkt, bonorum possessio denjenigen Personen anzubieten, welche ein wirkliches Erbrecht nicht hatten; er hat in die Ordnung seiner bonorum possessio auch die vom Civilrecht Berufenen aufgenommen[5], so daß diese Ordnung zugleich in unmittelbar erkennbarer Weise die Stellung bezeichnete, welche

---

[2] Der vom Prätor Berufene „loco heredis constituitur" (Gai. III. 32, Ulp. XXVIII. 12, §. 2 I. cit.), er ist „velut heres" (l. 1 D. de poss. H. P. 5. 5), der Prätor behandelt ihn in allen Stücken, als wenn er der wirkliche Erbe wäre. L. 117 D. de R. I. 50. 17. „Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet". L. 2 D. de B. P. 37. 1. „In omnibus . . vice heredum bonorum possessores habentur". Deßwegen hat der prätorische Erbfolger die Erbschaftssachen im bonitarischen Eigenthum (Gai. III. 80), und die Erbschaftsklagen werden ihm und gegen ihn als actiones ficticiae gegeben (Gai. IV. 34, Ulp. XXVIII. 12). Hereditatis petitio possessoria, Dig. 5. 5; daneben ein besonderes Rechtsmittel zur Verschaffung des (körperlichen) Nachlasses, das interdictum quorum bonorum, Gai. IV. 144, §. 3. I. de interd. 4. 15. S. auch l. 1 l. 3 pr. §. 1. 2. D. de B. P. 37. 1.

[3] Im weiteren Sinne umfaßt hereditas auch die bonorum possessio. L. 138 D. de R. I. 50. 17. „Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur". L. 1 C. unde liberi 6. 14, l. 23 §. 5 D. de aed. ed. 21. 1. „Hereditas honoraria": l. 1 C. de sec. nupt. 5. 9.

[4] In Betreff der Geschichte der bonorum possessio stehen sich zwei Hauptansichten entgegen. Nach der einen hat der römische Prätor in der Ertheilung der bonorum possessio von vorn herein den Zweck der Ergänzung und Abänderung der Erbfolge des ius civile verfolgt (so namentlich, mit Abweichung im Einzelnen, Savigny Zeitschr. f. gesch. RW V S. 14 fg., Schirmer, Huschke, Köppen); nach der andern ist die bonorum possessio erst in allmäliger Entwickelung eine neue Ordnung der Erbfolge geworden, während der ursprüngliche Zweck der Ertheilung der bonorum possessio ein ganz anderer war: — Regulirung des Besitzstandes beim Erbschaftsstreite (so namentlich Fabricius, Vangerow); Ausstattung des Civilerben mit einem Mittel zur schleunigen Erlangung des Nachlaßbesitzes (v. Löhr); Ermöglichung des Nachrückens unter den Civilerben im Interesse der Erbschaftsgläubiger (Leist). S. die Uebersicht bei Schirmer S. 88 fg., Vangerow §. 398. Mir erscheint die erste dieser Ansichten als diejenige, welche am Meisten für sich hat; was freilich hier nicht näher ausgeführt werden kann.

[5] Gai. III. 34, Coll. XVI. 3 c. 5, §. 1 I. de B. P. 3. 9. Gai. l. c.: — „quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius

er den von ihm zur Erbschaft Berufenen gegenüber dem Civilerben einräumen wollte[6].

Im Justinianischen Recht ist die Bedeutung der bonorum possessio ungemein abgeschwächt. Durch die Gesetzgebung der Kaiserzeit haben die meisten derjenigen Personen, welche früher nur auf dem Wege der bonorum possessio zur Erbfolge gelangen konnten, civilrechtliches Erbrecht erhalten, und in den wenigen noch übrigen Fällen der bonorum possessio[7] zeigt sich der Gegensatz zwischen ihr und der hereditas nicht mehr wirksam in einer Verschiedenheit der rechtlichen Stellung des heres und des bonorum possessor, welche auch früher nur eine formale gewesen und mit dem Gegensatz zwischen dem Civilrecht und dem prätorischen Recht überhaupt längst zur Antiquität geworden war[8], sondern nur noch in der Besonderheit der Vorschriften über den Erwerb der bonorum possessio[9]. Was das heutige Recht angeht, so ist es nicht zu kühn zu behaupten, daß auch diese letztere Besonderheit die praktische Geltung verloren habe[10].

Von der hier bezeichneten Art der bonorum possessio ist eine andere Art derselben wohl zu unterscheiden. Die Quellen reden nämlich von bonorum possessio auch in solchen Fällen, in denen es sich nur um eine provisorische Besitzeinweisung handelt, bei

---

principium est *quorum bonorum*, uti possit; . . alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili".

[6] Machte der in der Ordnung der bonorum possessio vorangehende Civilerbe von der bonorum possessio keinen Gebrauch, so rückte sie nun zwar auf den nachfolgenden prätorischen Erben weiter, gewährte aber gegenüber der Berufung auf das Civilrecht die Erbschaft nicht wirklich; sie war bonorum possessio sine re. Gai. III. 35—38. II. 119. 148—149, Ulp. XXVIII. 13. Machte der in der Ordnung der bonorum possessio einem prätorischen Erben gleichstehende Civilerbe von der bonorum possessio keinen Gebrauch, so war für den prätorischen Erben die bonorum possessio theilweise sine re, theilweise cum re. L. 14 pr. D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 15 §. 2 D. de leg. praest. 37. 5, l. 10 D. de coll. bon. 37. 6. Doch ist das hier über das Verhältniß von hereditas und bonorum possessio Gesagte nicht unbestritten (Fabricius S. 106 fg. 208 fg., Vangerow §. 399). Vgl. Leist I S. 225 fg. II. 1 S. 259 fg., Schirmer S. 77—79.

[7] S. §. 563 Note 5 fg. 9, §. 565 Note 7, §. 570 Note 2.

[8] Vgl. noch Schirmer §. 7 Note 15—17.

[9] S. §. 596 Note 8, §. 598 Note 1.

[10] S. §. 596 Note 9, §. 598 Note 2.

welcher die wirkliche Erbberechtigung noch in Frage bleibt[11]. Diese provisorischen Besitzeinweisungen bilden unbestritten einen Bestandtheil auch des heute geltenden Rechts.

VII. Das Vermächtniß.

§. 533.

Die Nothwendigkeit einer Gesammtnachfolge in das Vermögen des Verstorbenen schließt die Möglichkeit einer dieselbe begleitenden Sondernachfolge nicht aus. Es können vielmehr der Gesammtheit des Vermögens durch die Verfügung des Erblassers einzelne Bestandtheile entzogen und einem Andern als dem Erben zugewiesen werden[1]. Die Bezeichnung für eine solche Verfügung, so wie für das durch sie Zugewendete, ist Vermächtniß. Das Vermächtniß hat sich bei den Römern in zwei verschiedenen Formen entwickelt; der Unterschied zwischen denselben ist von Justinian aufgehoben worden[2].[3]

Anordnung des Folgenden.

§. 534.

Die Anordnung des Folgenden ist eine sehr einfache. Es wird zuerst von der Erbschaft gehandelt werden, dann von dem Vermächtniß.

---

[11] So z. B. wenn der berufene Erbe noch ungeboren ist, oder wenn ihm sein Erbrecht auf Grund der Bestreitung seiner Kindschaft bestritten wird und er noch nicht mannbar ist. In diesen Fällen wird aber in den Quellen statt von bonorum possessio auch von missio in possessionem gesprochen. S. Capitel IV. — Die bonorum possessio wurde in diesen Fällen durch ein besonderes Decret des Prätors ertheilt (b. p. decretalis), sie konnte nicht auf Grund des Edicts einfach angenommen werden (b. p. edictalis). Vgl. l. 1 §. 7 D de succ. ed. 38. 9, l. 1 §. 4 D. si tab. test. nullae 38. 6. Die b. p. decretalis beschränkte sich übrigens nicht auf diese Fälle, s. z. B. l. 4 D. de coniung. 37. 8. Ueber den Gegensatz zwischen b. p. edictalis und decretalis überhaupt s. Schirmer S. 81 fg. und die das. Citt.

[1] Auch hier (vgl. §. 528 Note 5) bewährt sich der Satz, daß das „Vermögen als Ganzes" und „das ganze Vermögen" verschiedene Begriffe sind. §. 533

[2] Die Bezeichnung für diese beiden Formen sind legatum und fideicommissum. Das Nähere s. in Capitel V.

[3] Vereinzelt kommt es auch vor, daß nach gesetzlicher Bestimmung dem Erben irgend Etwas zu Gunsten einer andern Person entzogen wird; man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Vermächtniß. S. §. 570 Note 8, §. 572 Note 9, §. 584 Note 2.

Die Lehre von der Erbschaft hat es mit den beiden Fragen zu thun: 1) Wie wird Jemand Erbe? 2) Welches ist die rechtliche Stellung des Erbe Gewordenen? Das Erbewerden setzt voraus: a) Berufung, b) Erwerb. Diese verschiedenen Punkte werden in ebenso vielen Kapiteln behandelt werden, ohne daß die Unterordnung des einen unter den andern in der äußeren Anordnung zum Ausdruck gebracht würde. In einem letzten Kapitel sind dann noch einige Nebenpunkte zu erörtern.

Zweites Kapitel.

Von der Berufung zur Erbschaft.

I. Von der Berufung im Allgemeinen.

A. Voraussetzungen der Berufung.

§. 535.

Die Berufung zur Erbschaft[1] setzt voraus: 1) in der Person des Erblassers Tod[2]; 2) in der Person des zu Berufenden: a) Existenz zur Zeit des Eintritts des Berufungsfalles, und wenn der Berufungsfall nach dem Tode des Erblassers eintritt[3], Existenz zur Zeit des Todes des Erblassers; b) Erbfähigkeit.

---

§. 535. [1] Unter Berufung wird hier verstanden wirksame Berufung. S. §. 530 Note 7 a. E.

[2] L. 1 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 27 D. de A. v. O. H. 29. 2. Ueber den Zeitpunkt des Todes eines Verschollenen s. I §. 53 Note 1. — Vermögenslosigkeit des Verstorbenen schließt die Erbschaftsberufung an und für sich nicht aus, macht sie nur gegenstandslos; wohl dagegen wird die Erbschaftsberufung ausgeschlossen durch Vermögensunfähigkeit des Verstorbenen, d. h. juristisch nothwendige Vermögenslosigkeit. Aus diesem Grunde können aber nach heutigem Recht nur noch Klosterpersonen nicht beerbt werden, c. 7 C. 19 quae. 3, c. 2. X. de test. 3. 26, vgl. c. 2. 6. X. de statu mon. 3. 35. Kinder uuter väterlicher Gewalt sind bereits nach Justinianischem Recht nicht mehr vermögensunfähig, und werden daher beerbt, nur in Betreff des adventicischen Erwerbes nicht aus Berufung durch eigenen Willen. S. II §. 516. 517.

[3] Dieß ist der Fall: a) bei der Berufung auf Grund des Willens des Erblassers, wenn die Erbeseinsetzung eine bedingte ist (wohin auch der Fall eines künftig zu Erzeugenden gehört, Note 5), und die Bedingung der Einsetzung zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht eingetreten ist (§. 554

1) Existenz zu den bezeichneten Zeitpunkten. Es wird nicht berufen der zur Zeit des Berufungsfalles nicht mehr Existente, wenngleich er zur Zeit des Todes des Erblassers existent war[4]. Es wird nicht berufen der zur Zeit des Berufungsfalles noch nicht Existente[4a]; und nicht der zu dieser Zeit Existente, wenn er nicht auch zur Zeit des Todes des Erblassers existent war[5]. Doch genügt Existenz im Mutterleibe[6].

2) Erbfähigkeit[7]. Für physische Personen bildet die Erbfähigkeit die Regel; die Bestimmungen, durch welche das römische Recht einzelnen Klassen derselben die Erbfähigkeit ganz oder theilweise entzogen hat, sind heutzutage entweder anerkanntermaßen nicht mehr anwendbar[8], oder nicht anerkanntermaßen an-

---

Note 1); b) bei der gesetzlichen Berufung, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht ungültiges Testament vorhanden ist, welches später ungültig oder unwirksam wird (§. 569 Note 1), oder ein zunächst berufener Intestaterbe, welcher die Erbschaft nicht erwirbt (§. 573).

[4] S. §. 554 Note 1, §. 557 Note 2.

[4a] L. 10 D. de ventre 37. 9, l. 3 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 1. §. 8 D. unde cogn. 38. 8.

[5] L. 6 pr. i. f. D. de iniusto 28. 3, l. 6. 7. 8 pr. D. de suis 38. 16, §. 8 I. de her. quae ab int. 3. 1. Auch die Stellen der vorigen Note können und müssen hierher bezogen werden. A. M. in Betreff der testamentarischen Berufung in dem Sinne, daß auch ein nach dem Tode des Erblassers zu Erzeugender gültig soll zum Erben eingesetzt werden können, Mayer Erbrecht I §. 16 Note 7; in Betreff der Intestaterbfolge nach Nov. 118: Glück Intestaterbfolge S. 583 fg., Löbenstern Zeitschr. f. Civ. u. Proc. IX S. 215 fg., Schirmer §. 10 Note 157 a. E. §. 15 Note 41. Seuff. Arch. VIII 63. S. dagegen Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 406—423, Büchel Streitfragen aus Nov. 118 S. 2—17, Arndts RLex. IV S. 680, Köppen §. 5 Note 4. 38, Vangerow II §. 411. §. 429 Anm. 3 (S. 84), Sintenis III §. 162 Anm. 6, Arndts §. 471 Anm. 1; auch Schirmer §. 4 Note 2. [Arndts Forts. von Glück XLVI S. 407.] Seuff. Arch. IX. 309. S. auch §. 571 Note 1 zweite Hälfte.

[6] S. I §. 52 Note 3 und 4, auch die Stellen der Noten 4a und 5 in diesem §. Mit anderen Worten: es genügt Geburt binnen 10 Monaten nach dem Tode des Erblassers. S. I. §. 56b Note 3.

[7] Schirmer §. 4, Köppen §. 5, Vering S. 249 fg. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 117 fg. Sintenis III §. 160, Vangerow II §. 404, Brinz §. 177.

[8] Hierher gehört die Erbunfähigkeit der Sklaven und Peregrinen, auch derjenigen, die es zur Strafe geworden sind (l. 6 §. 2 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 C. eod. 6. 24; l. 13 §. 1 D. de B. P. 37. 3, l. 25 §. 4 D. de A.

wendbar, und jedenfalls nicht weit greifend[9].[10] Was die juristischen Personen angeht, so hat das römische Recht die Erb-

v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. §. 1 D. de his quae pro non scr. 34. 8); ferner die Erbunfähigkeit der Ketzer und Apostaten (l. 4. 5. 19 C. de haer. 1. 5, l. 3. 4 C. de apost. 1. 7, Auth. Frid. II. *Credentes* C. de haer. 1. 5). S. I §. 55 und vgl. Schirmer S. 33—36.

[9] Es gehören hierher folgende Bestimmungen. a) Die Söhne von Hochverräthern sollen ganz erbunfähig sein, Töchter von Hochverräthern nur aus der mütterlichen Erbschaft den Pflichttheil (ein Viertel?) erhalten können. L. 5 C. ad leg. Iul. mai. 9. 8. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmung behaupten die Meisten; doch steht es damit kaum anders, als mit der heutigen Unanwendbarkeit der römischen Privatstrafen (II §. 326). Vgl. Mühlenbruch S. 246, Schirmer Note 28, Köppen Note 8. 33, Sintenis Anm. 1, Vangerow Nr. 4, Holzschuher II §. 133 Nr. 4a. b) Wittwen, welche das Trauerjahr verletzen, sollen aus Testament Niemanden, nach Gesetz nur die Verwandten bis zum dritten Grade beerben können. L. 1 C. de sec. nupt. 5. 9, Nov. 22 c. 22, Nov. 39 c. 2. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist sehr zweifelhaft. S. II §. 512 Note 2. 4. c) Die gleiche Unfähigkeit soll die Mutter treffen, welche als Vormünderin ihrer Kinder zur zweiten Ehe schreitet, ohne für dieselben einen Vormund erbeten und diesem nach abgelegter Rechnung das Vermögen der Kinder herausgegeben zu haben. Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2. Auch von dieser Bestimmung wird vielfach Unanwendbarkeit im heutigen Recht behauptet, Schirmer a. O. Note 34, Köppen Note 34 a. E.; dagegen z. B. Vangerow I §. 227 Anm. 1 a. E., v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgebung III S. 523, Strippelmann Entscheidungen rc. V S. 218 fg. d) Wer es ein Jahr lang versäumt, einem Unmündigen einen Vormund zu erbitten, soll, wenn der Unmündige vor erreichter Mündigkeit stirbt, ihn weder gesetzlich noch aus einer Pupillarsubstitution beerben können. S. II §. 433 Note 38, wo bereits bemerkt ist, daß die heutige Anwendbarkeit auch dieser Bestimmung nicht unbestritten ist. Jedenfalls wird der Fall derselben heutzutage bei dem gesteigerten Eingreifen der Obervormundschaftsbehörde kaum noch vorkommen. Köppen S. 305. e) Personen, welche in blutschänderischer Ehe leben, sollen weder von einander, noch von den aus dieser Verbindung erzeugten Kindern, noch von denjenigen ihrer rechtmäßigen Verwandten, welche zur Ehe gerathen haben, beerbt werden können. L. 6 C. de incest. nupt. 5. 5. Es ist aber eine Streitfrage, ob nicht diese Bestimmung durch Nov. 12, welche den in incestuoser Ehe Lebenden zur Strafe seines Vermögens ganz beraubt und dasselbe in Ermangelung von Kindern aus einer rechtmäßigen Ehe an den Fiscus fallen läßt, ganz beseitigt worden sei. Dieß nehmen an Wächter Arch. f. civ. Proc. XVII S. 434 fg. und Vangerow II §. 404 Anm. 6. Derselben Meinung ist Mühlenbruch XXXIX S. 339 fg., welcher aber (S. 344) hinzufügt, daß im heutigen Recht mit dem Wegfall der Strafe der Vermögensconfiscation die Bestimmung der l. 6 C. cit. wieder ins Leben getreten sei. Gegen diese letztere Meinung gewiß mit Recht Vangerow a. a. O., Köppen §. 5 Anm. 37 a. E. Dieser

fähigkeit beigelegt[10a] dem Fiscus[11], den Gemeinden[12], den Kirchen und kirchlichen Instituten[13], den Stiftungen[14]; nicht dagegen

---

letztere Schriftsteller ist aber in erster Linie der Meinung, daß die l. 6 cit. durch die Nov. 12 nur in Betreff des zur Zeit der Eingehung vorhandenen Vermögens aufgehoben worden sei, nicht für den späteren Erwerb, und weil sie in dieser Weise ihre Geltung behalten habe, ergreife sie im heutigen Recht nach Wegfall der Vermögensconfiscation auch das ursprüngliche Vermögen. Ich glaube nicht, daß dieser Ansicht beigetreten werden kann, wie sie denn von Köppen hauptsächlich auf eine Stelle der Novelle gestützt wird, welche einen vollständig anderen Sinn erhält, wenn man statt des präsentischen „sancimus" der Vulgata das perfectische „νενομοθετήκαμεν" des Originaltextes zu Grunde legt. Nach einer andern Richtung aber nehme auch ich theilweisen Fortbestand der Erbunfähigkeit auf Grund incestuoser Ehe auch nach Nov. 12 an. Die Nov. 12 hat meiner Ansicht nach diese Erbunfähigkeit nicht aufgehoben für die aus der incestuosen Verbindung geborenen Kinder und nicht für den incestuosen Ehegatten selbst. Ueber das Erste s. §. 571 Note 13; in Betreff des Zweiten: wie könnte es im Sinne Justinian's liegen, daß auf Grund eines Verhältnisses, gegen welches er mit den strengsten Strafen einschreitet, Jemand sollte gültig zum Erben eingesetzt werden können? S. auch Nov. 134 c. 1 (*vv.* et . . uxores successores habeant). — Uebrigens nehmen Andere in den beiden zuletzt bezeichneten Fällen nicht Erbunfähigkeit, sondern Erbunwürdigkeit an. S. Köppen Note 11. 14.

[10] Außer den im Vorstehenden genannten Fällen der Erbunfähigkeit gibt es noch einige Fälle partieller Erbunfähigkeit von ganz besonderer Art. Da diese sich aber ausschließlich auf die Beerbung aus letztem Willen beziehen, so wird von denselben passender erst in der Lehre von der letztwilligen Berufung gehandelt. S. §. 550.

[10a] Der Ausgangspunkt des römischen Rechts war, daß juristische Personen erbunfähig seien. Noch Ulpian sagt (Fragm. XXII. 5): „Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant". Plinius epist. V. 7. „Nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat". [Vgl. hierzu u. zum Folgenden Brinz S. 1084 fg.]

[11] Die Erbfähigkeit des Fiscus wird in den Quellen als selbstverständlich vorausgesetzt. Vgl. Schirmer §. 4 Note 10.

[12] L. 12 C. de hered. inst. 6. 24. Vgl. Ulp. XXII. 5, l. 66 §. 7 D. de leg. II° 31, l. 6 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 1 §. 1 D. de lib. univers. 38. 3; l. 26 D. ad SC. Treb. 36. 1. Mühlenbruch XXXIX S. 423 fg., Schirmer §. 4 Note 11. Besondere Ansichten in Betreff der geschichtlichen Entwicklung bei Binding Zeitschr. f. RGesch. VIII S. 293 fg.

[13] L. 1 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 131 c. 9 (wo die restituirte l. 26 C. de ss. eccl. ihrem wesentlichen Inhalte nach wiederholt wird). — Vgl. Ulp. XXII. 6. „Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibusve principum instituere concessum est". Mühlenbruch a. a. O. S. 442 fg., Schirmer §. 4 Note 8.

den übrigen Corporationen, welche Erbfähigkeit erst durch ein besonderes Privilegium erlangen müssen[15], und der ruhenden Erbschaft[16].

Die Erbfähigkeit muß bei der gesetzlichen Berufung vorhanden sein zur Zeit des Eintritts des Berufungsfalles[17], und von da an ununterbrochen bis zum Erwerbe der Erbschaft[18]; was die Berufung durch den Willen des Erblassers angeht, s. §. 549. 550.

B. Wirkung der Berufung.

§. 536.

Die regelmäßige Wirkung der Erbschaftsberufung ist, daß sie den Berufenen in die rechtliche Möglichkeit versetzt, durch seine Willenserklärung sich zum Erben zu machen[1]; ausnahmsweise

---

[14] L. 23 C. de ss. eccl. 1. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 448 fg., Schirmer §. 4 Note 9. Ueber die Frage, ob durch Erbeseinsetzung eine noch nicht bestehende Stiftung begründet werden könne, s. §. 549 Num. 2.

[15] L. 8 C. de hered. inst. 6. 24. „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium nòn est". Ueber und gegen die Behauptung, daß Justinian durch die s. g. constitutio de incertis personis (stückweise restituirt als l. un. C. de incert. pers. 6. 48) jeder erlaubten Corporation Erbfähigkeit beigelegt habe, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 434 fg., Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 69 fg., Vangerow II §. 429 Anm. 3 (S. 85), Köppen §. 5 Note 50. In früherer Zeit war die Ansicht, daß jede staatlich anerkannte Corporation Erbfähigkeit besitze, in Doctrin und Praxis durchaus vorherrschend. S. Mühlenbruch XXXIX S. 442. XL S. 66 Anm. 10, Beseler deutsches Privatrecht §. 66 Note 2, Schirmer §. 4 Anm. 10. Dagegen Sintenis I §. 15 Anm. 46, Köppen §. 5 Note 40. Eine Vermittlung sucht Arndts RLex. III S. 914 und Pand. §. 471 Anm. 3: die Ansicht daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, habe Doctrin und Praxis von jeher so sehr beherrscht, daß man in der Anerkennung einer Corporation durch die Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit zu finden berechtigt sei.

[16] S. §. 531 Note 10 g. E. Ueber die Frage, ob die Einsetzung einer ruhenden Erbschaft als Einsetzung des künftigen Erben aufrecht zu erhalten sei, welche Frage m. E. nicht zu bejahen ist, s. einerseits Arndts RLex. IV S. 5 Note 28 und Pand. §. 471 Anm. 3, andererseits Schirmer §. 4 Note 16, Unger §. 14 Anm. 7.

[17] S. §. 569.

[18] L. 1 §. 4 D. ad SC. Tert. 38. 17, Paul S. R. IV. 10 §. 3.

§. 536. [1] L. 151 D. de V. S. 50. 16. „Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi". Gai. II. 169: — „qui . . . . heres insti-

macht sie den Berufenen sofort zum Erben[2]. Jene rechtliche Möglichkeit, welche man nicht unpassend Erbrecht nennen kann, obgleich sich diese Bezeichnung bei der Mehrdeutigkeit des Ausdrucks als technische nicht empfiehlt[3], ist als höchst persönliches Recht im Princip weder vererblich noch veräußerlich[4]. Doch hat das römische Recht dieses Princip nicht undurchbrochen durchgeführt. Hiervon wird aber zweckmäßiger in einem anderen Zusammenhang gehandelt[5].

C. Gründe der Berufung.

§. 537.

Die Berufungsgründe sind, wie bereits §. 539 angegeben worden ist: Verfügung des Erblassers, durch Testament oder Erb-

---

tutus est, quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur".

[2] S. §. 595.

[3] Weniger deßwegen, weil auch der Inbegriff der Rechtsregeln über das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen Erbrecht heißt (§. 527), sondern deßwegen, weil der Ausdruck Erbrecht eine gleiche sprachliche Wahrheit wie für die rechtliche Stellung des zu einer Erbschaft Berufenen auch für die rechtliche Stellung desjenigen hat, welcher Erbe bereits wirklich geworden ist. In der That gebraucht der herrschende Sprachgebrauch den Ausdruck als technischen für die letztere rechtliche Stellung, während Köppen ihn als technischen eben für die Befugniß, sich durch Willenserklärung zum Erben zu machen, in Anspruch nimmt; ebenso Brinz. S. Arndts Abhandlungen S. 16—18, Unger §. 2 Anm. 10—14; Köppen System S. 250 fg. Erbschaft S. 91 fg. Jahrb. f. Dogm. V S. 127 fg. 183 fg., Brinz §. 152 z. A. Was den Sprachgebrauch der Quellen angeht, so bezeichnet in §. 2 I. de reb. corp. 2. 2 ius hereditatis (wofür es in der im Uebrigen ganz entsprechenden l. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8 ius successionis heißt) gewiß nicht, wie Köppen annimmt, das Recht aus der Berufung, sondern das Recht des Erben (s. namentlich Unger a. a. O. Note 11), und der Ausdruck ius hereditarium kommt zur Bezeichnung dieses letzteren Rechts in den Quellen häufiger vor, s. §. 605 Note 9. Von der anderen Seite definirt allerdings Theophilus das ius hereditatis des Institutionenparagraphen als Recht zum Erwerbe (was freilich Arndts und Unger leugnen), und in l. 20 §. 4 D. de A. v. O. H. 29. 2 kann mit „ius heredis" nur die Stellung des Berufenen bezeichnet sein.

[4] Köppen (Erbschaft S. 92 fg. Jahrb. f. Dogm. V S. 127 fg. 183 fg. System S. 257 fg.) zählt das Recht aus der Berufung zu den Familienrechten. Gegen diese Auffassung hat sich bereits Unger §. 6 Anm. 1, wie mir scheint mit Recht, erklärt.

[5] S. §. 601.

vertrag, und Gesetz. Auch das Verhältniß dieser Berufungsgründe zu einander ist an dem angeführten Orte bereits bezeichnet worden: die Berufung durch das Gesetz tritt (regelmäßig) erst ein in Ermangelung einer Verfügung des Erblassers. Hier ist noch hinzuzufügen, daß nach römischem Recht die Verfügung des Erblassers die gesetzliche Berufung durch ihr Dasein ausschließt, nicht durch ihren Inhalt, daß sie nicht etwa, wenn sie in ihrem Inhalt beschränkt ist, der gesetzlichen Berufung Raum läßt, soweit sie nicht reicht — Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung[1]. Seine Hauptanwendung findet dieser Grundsatz in dem Falle, wo der Erblasser nur über einen Theil des Nachlasses verfügt hat, in welchem Fall die Intestaterben nichtsdestoweniger auch für den übrigen Theil ausgeschlossen sind[2]; in gleicher Weise aber macht der bezeichnete Grundsatz die Erbfolge der Intestaterben auch in

---

§. 537. [1] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1814). Huschke Rhein. Museum VI. 8 (1834). Mühlenbruch Fortsetzung von Glück XXXVIII S. 337 fg. XL S. 142 fg. XLII S. 82 fg. (1835. 1838. 1841). Dworzak Haimerl's österr. VJSchr. VIII S. 8 fg. (1861). Vering S. 437 fg., Schirmer S. 52 fg., Köppen S. 13. 273 fg. Vangerow II §. 397 Anm., Sintenis III §. 172 Anm. 9. Fernere Literatur u. A. bei Vangerow und Schirmer.

[2] §. 5 I. de hered. inst. 2. 14: — „neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest". L. 7 D. de R. I. 50 17. „Ius nostrum non patitur, eundem in paganis (s. Note 4) et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturalis inter se pugna est". Ueber den Grund dieses Satzes ist unendlich viel verhandelt und gestritten worden; s. die Uebersichten bei Mühlenbruch XXXVIII S. 145 fg., Huschke S. 259 fg., Schirmer Note 49. Ein naheliegender Gedanke ist, daß dieser Satz seinen Grund habe in einer wörtlichen Auslegung der 12 Tafeln, welche die Intestaterben beriefen: „si intestato moritur" (Ulp. XXVI. 1); wer testirt hatte, wenn auch nur über einen Theil des Nachlasses, war eben nicht intestatus, so daß also die „naturalis pugna" nicht von einem sachlichen Widerstreben, sondern von einem logischen Widerspruch zu verstehen wäre. So wirklich Thibaut a. a. O., Jhering Geist des röm. R. II S. 482 fg., Brinz S. 771, Mommsen Erörterungen I S. 70, Schmidt form. Recht der Notherben S. 1 Note 3. Auch ich glaube, daß diese Auslegung mitgewirkt hat, aber der eigentliche Grund kann sie deßwegen nicht gewesen sein, weil die Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung sich in gleicher Weise gegenüber einem früheren Testament, wie gegenüber der Intestatberufung geltend macht (§. 565). Eine andere sehr beliebte Erklärung, welche freilich in sehr verschiedenen Ausbildungen vorgetragen wird (Huschke, Mühlenbruch, Vering, Dworzak, Schirmer) ist hergenommen von der Einheit des Nachlasses, obgleich diese

dem Falle unmöglich, wo der Erblasser seine Verfügung durch eine Bedingung oder Befristung beschränkt hat[3]. Nur bei Soldatentestamenten vollzieht das römische Recht den wirklichen Willen des Erblassers, indem es die Intestaterben zur Erbschaft beruft, soweit dieselbe durch die Verfügung des Erblassers nicht vergeben ist[4]. Und auch abgesehen hiervon kann es in Folge Eingriffs des Rechts selbst sehr wohl geschehen, daß Jemand zugleich aus Gesetz und letztem Willen beerbt wird[5]. Endlich ist es eine andere Frage, ob nicht der wirkliche Wille des Erblassers dadurch indirect zum Vollzug gebracht werden kann, daß dem eingesetzten Erben die Verpflichtung auferlegt wird, die Erbschaft, soweit er nicht eingesetzt ist, den Intestaterben herauszugeben[6].

Einheit offenbar nur Auseinanderreißen in einzelne Bestandtheile, nicht aber Quotentheilung ausschließt. Praktische Erwägungen machen geltend Rudorff zu Puchta Vorll. §. 448 Note 4, Jhering Geist des röm. R. III S. 140 fg., Köppen a. a. O.

[3] Bei einer Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung werden die Intestaterben auch nicht vor Eintritt der Bedingung oder des Termins, bei einer Erbeseinsetzung unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung auch nicht nach Eintritt der Bedingung oder des Termins zugelassen. S. §. 554 Note 1. 18. §. 555. Es ist aber zu bemerken, daß die Quellen diese Sätze auf den bezeichneten Grundsatz nicht zurückführen; ferner daß diese Sätze zu ihrer Erklärung jenes Grundsatzes nicht bedürfen, sie erklären sich auch aus einem andern Grundsatz des römischen Rechts, dem Grundsatz, daß eine einmal eingetretene Erbenqualität nicht wieder aufhören kann (§. 554 Note 8). Es ist auch ohne Zweifel natürlicher, die Unwirksamkeit der auflösenden Bedingung und Befristung aus diesem letzten Grundsatz herzuleiten, wie denn hier die Unwirksamkeit auch dann eintritt, wenn für die Zeit nachher ein anderer Erbe durch den Erblasser selbst berufen ist; für die aufschiebende Bedingung und Befristung dagegen möchte das Gegentheil zutreffend sein. Vgl. §. 554 Note 1, §. 555 Note 1.

[4] S. §. 552 Note 9, §. 553 Note 14, §. 554 Note 20, §. 555 Note 2.

[5] So wenn ein ausgeschlossener Notherbe gegen einen der eingesetzten Erben mit der Anfechtungsklage durchdringt, gegen den andern nicht. L. 15 §. 2 D. de inoff. 5. 2: — „credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri". Vgl. namentlich Schirmer S. 55—62 und §. 584 Note 20 fg. Ein interessanter hierher gehöriger Fall bei Seuffert Arch. f. civ. Praxis III. 15. — Daher ist die Fassung der Regel bei Cic. de inventione II. 21 („Unius .. pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset") zu allgemein.

[6] S. darüber §. 552 Note 3 fg., §. 553 Note 6 fg.

So das römische Recht, dessen gemeinrechtliche Geltung mit Unrecht bestritten wird[7]. Nicht das Gleiche aber, wie für das römische Testament, gilt für den heutigen Erbvertrag. Durch Erbvertrag wird vielmehr die Intestatberufung nur so weit ausgeschlossen, als der Wille des Erblassers reicht[8].

II. Von der Berufung durch Testament*.

A. Begriff des Testamentes.

§. 538.

Testament[1] ist diejenige letztwillige Verfügung[2], in welcher

---

[7] So von Mühlenbruch XXXVIII S. 79 fg. und den das. Citirten. Mühlenbruch selbst freilich nimmt seine Behauptung das. S. 345 zurück. In der That läßt sich ein abänderndes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen. Köppen S. 289 Note 54, Schirmer S. 63 Note 37, Sintenis III §. 172 Anm. 9; Hartmann Erbverträge S. 63 Note 1. Nur ist für das heutige Recht die Frage, ob bei der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft, und nicht vielmehr bloß die Anordnung eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten, als sie nach römischem Rechte beantwortet werden durfte. Vgl. §. 546 Note 8, §. 552 Note 8, §. 553.

[8] So die gemeine Meinung. Köppen S. 289 Note 54, Beseler deutsches Privatrecht §. 259 Nr. VI, Gerber deutsches Privatrecht §. 258 a. E. A. M. Hartmann Erbverträge S. 63 fg.; gegen denselben Arndts in Haimerl's österr. VJSchr. VIII S. 278 fg.

§. 538. * Von der testamentarischen Berufnng im Besonderen (vgl. 527 Note *) handeln: Roßhirt testamentarisches Erbrecht bei den Römern. 2. Abth. 1840. Heimbach im RLex. X S. 713—1049 (1856).

[1] Testamentum ist dem Wortsinne nach das Resultat des testari, d. h. der Anrufung der bei der Errichtung des letzten Willens zugezogenen Zeugen. Gai. II. 104, Ulp. XX. 9. Eine etymologische Spielerei in pr. I. de test. ord. 2. 10. „Testamentum ex eo appelatur, quod testatio mentis est". Vgl. Gell. N. A. VI. 12.

[2] Letztwillig im eigentlichen Sinne des Wortes, insofern das Testament nur dann zu Recht besteht, wenn es wirklich den Ausdruck des letzten Willens des Erblassers enthält, so daß durch die Errichtung eines neuen Testamentes das frühere ohne Weiteres hinfällig wird. Ungenau wird auch wohl der Erbvertrag, der durch einen späteren Willensentschluß nicht wiederaufgehoben werden kann, eine letztwillige Verfügung genannt. Vgl. l. 19 C. de test. 6. 23: — „cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur".

die Ernennung eines Erben enthalten ist[3]. Das Testament kann außer der Erbeseinsetzung noch andere Anordnungen des Erblassers enthalten, über Vermächtnisse, Vormundschaften, Erziehung der Kinder, Art und Weise des Begräbnisses ꝛc.[4]; aber Anordnungen dieser Art sind dem Testamente nicht wesentlich, während ihm die Erbeseinsetzung in der Weise wesentlich ist, daß ohne Erbeseinsetzung kein Testament vorhanden ist, und bei Ungültigkeit der Erbeseinsetzung keine andere Anordnung des Testamentes zu Recht besteht[5]. Eine letztwillige Verfügung, durch welche ein Erbe nicht ernannt wird, heißt Codicill[6].

B. Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes*.

§. 539.

Unfähig zur Errichtung eines Testamentes[1] ist:

1. der Willensunfähige oder eines vernünftigen Willens Un-

[3] L. 20 D. de iure cod. 29. 7. — „Iulianus ait, tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, ut magis codicilli quam testamentum existimandae sint". L. 14 C. de test. 6. 23. „Non codicillum sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredetatio facta probant evidenter". Daher ist die Definition in l. 1 D. qui test. 28. 1 („Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit") ungenau.

[4] Nach römischem Recht Freilassungen. Vgl. 678.

[5] L. 20 D. de iure cod. 29. 7 (Note 3). §. 34 I. de leg. 2. 20: — „testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio". Gai. II. 229. Ulp. XXIV. 15: — „vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit". L. 1 §. 3 D. de vulg. 28. 6: — „nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet".

[6] L. 20 D. de iure cod. 29. 7 (Note 3), l. 7 C. de cod. 6. 36, l. 14 C. de test. 6. 23 (Note 3).

* Inst. 2. 12 quibus non est permissum facere testamentum. Dig. 28. 1 qui testamentum facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod 6. 22 qui testamenta facere possunt vel non. — Zimmern Grundriß des Erbrechts (1823) S. 50 fg. Glück XXXIII S. 347 fg. XXXIV S. 53 fg. Vering S. 238 fg. Heimbach S. 716 fg. Vangerow II §. 428, Sintenis III §. 167 Nr. 1. §. 539.

[1] Die Fähigkeit ein Testament zu errichten, testamenti faciendi facultas (l. 19 D. h. t.), wird in den Quellen auch als testamenti factio bezeichnet. L. 1 §. 1 D. de tutelae 27. 3, l. 1 pr. D. de test. mil. 29. 1, l. 4 D. h. t., l. 1 §. 8 D. de B. P. s. t. 37. 11. In einem andern Sinne aber wird testamenti factio einem Jeden zugeschrieben, welcher die nöthige Rechtsfähig-

fähige, also namentlich[2] der Wahnsinnige[3] und der Unerwachsene, — bei Letzterem bildet die Grenze das Alter der Geschlechtsreife[4];

2. der interdicirte Verschwender[5];

3. wer seinen Willen nicht in gemeinverständlicher Weise ausdrücken kann[6], daher der schreibensunfähige Stumme[7];

---

keit besitzt, um an der Errichtung eines Testamentes als Testator oder Bedachter oder Zeuge Theil nehmen, so daß Jemand testamenti factio haben kann ohne die Fähigkeit ein Testament zu errichten. L. 16. 18 D. h. t., §. 4 I. de her. qual. 2. 19; l. 21 D. de test. tut. 26. 2; §. 6 I. de test. ord. 2. 10. Hiernach unterscheiden die Neueren zwischen testamenti factio activa und passiva. — Wer unfähig ist, ein Testament zu errichten, ist auch unfähig, einen Erbvertrag abzuschließen; oder mit anderen Worten: wer sich überhaupt keinen Erben ernennen kann, kann sich auch auf dem Wege des Vertrages keinen Erben ernennen. Bei dem Erbvertrag kommt dann aber als weiteres Erforderniß der Gültigkeit noch die Vertragsfähigkeit hinzu, so aber daß, wenngleich der Vertrag als solcher ungültig ist, die Erbeseinsetzung doch als einseitige zu Recht bestehen kann. Vgl. §. 529 Note 3 a. E. und Hartmann Erbverträge S. 31 fg.

[2] S. auch l. 17 D. h. t., vgl. l. 3 C. h. t. Holzschuher II §. 143 Nr. 6.

[3] Vorbehaltlich lichter Zwischenräume, §. 1 I. h. t., l. 16 §. 1 D. h. t., l. 9 C. h. t.

[4] §. 1 I. h. t., l. 5 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 18 C. de test. mil. 6. 21. Ueber die Berechnung der Zeit s. l. 5 cit. und I §. 103 Note 15. Die Unterstützung des Vormunds macht den Geschlechtsunreifen nicht testamentsfähig. Gai. II. 113.

[5] §. 2 I. h. t., l. 18 pr. D. h. t. Der Grund der Testamentsunfähigkeit des interdicirten Verschwenders liegt nach der Auffassung des römischen Rechts nicht allein und nicht zunächst darin, daß man von ihm Unvernünftigkeit der Verfügung befürchten muß, sondern darin, daß „commercio illi interdictum est", Ulp. XX. 13. Vgl. auch Glück XXXIII S. 382 fg. S. Holzschuher II §. 143 Nr. 9. Seuff. Arch. II. 309. Vgl. auch Unger §. 9. Anm. 4.

[6] L. 29 C. de test. 6. 24. — „Si ..... talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est . .". Wiederholt in der N. O. II §. 4 (s. auch §. 5).

[7] Das frühere römische Recht entzog die Testamentsfähigkeit den Stummen und den Tauben schlechthin (l. 6 §. 1 l. 16 pr. D. h. t.), vorbehaltlich kaiserlicher Dispensation, l. 7 D. h. t. Justinian hat in l. 10 C. h. t. (vgl. §. 3. I. h. t.) nicht nur dieß aufgehoben, sondern auch den Taubstummen, wenn sie schreibensfähig seien, die Testamentsfähigkeit gegeben, mit Ausnahme der taubstumm Geborenen. Bei dieser letzteren Beschränkung setzt er offenbar voraus, daß ein taubstumm Geborener die Kunst des Schreibens nicht erlernen könne, und diese Voraussetzung trifft bei der heutigen Ausbildung des Taub-

4. das Kind in der Gewalt in Betreff des adventicischen Erwerbes[8].

5. Nach römischem Rechte sind noch testirunfähig Pasquillanten[9], nach kanonischem Recht Gläubiger, welche sich gegen die

---

stummenunterrichts nicht mehr zu. Kann also heutzutage ein schreibenserfahrener Taubstummer, auch wenn er taubstumm geboren ist, ein Testament errichten? Ich getraue mich nicht, diese Frage zu verneinen, und bin der Meinung, daß in der Bejahung derselben die Auslegung nicht die ihr gezogenen Grenzen überschreitet, s. I §. 22. Eine wenigstens unterstützende Kraft hat auch der cit. §. 4 der N. O., welcher zwar nur die l. 29 C. de test. wiedergibt, die ihrerseits die l. 10 C. cit. gewiß nicht hat aufheben wollen, welcher aber doch das in ihm ausgesprochene Princip als ein allgemein gültiges hinstellt und von dem Zusammenhang des Corpus juris unabhängig macht. Die herrschende Meinung läßt den taubstumm Geborenen zur Errichtung eines schriftlichen Testaments nur mit landesherrlicher Genehmigung (nach l. 7 D. h. t.) zu. Glück XXXIII S. 373, W. Sell in Sell's Jahrb. II S. 432 fg. und die das. S. 433 Citirten, Vangerow II §. 428 Anm. Nr. I. 4, Sintenis III §. 167 Anm. 6, Brinz S. 749. Doch ist auch die hier vertretene Ansicht nicht ohne Anhänger geblieben. Gensler Arch. f. civ. Pr. III S. 371, Holzschuher II §. 143 Nr. 4 und die das. Citirten, Puchta §. 463 zu z („nach einer sorgfältigen amtlichen Untersuchung"). Für den Fall, daß der Taubstumme articulirt hat sprechen lernen, gibt ihm auch Sell a. a. O. die Testamentsfähigkeit, ebenso Vangerow a. a. O. und Brinz S. 750; dawider Sintenis a. a. O. Ein interessanter Fall der Errichtung eines Taubstummentestamentes durch Zeichensprache bei Gensler Arch. f. civ. Pr. III. 22.

[8] L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 11 C. h. t. S. II §. 516. 517. Ueber die Zweifel, welche man in Betreff des peculium adventicium extraordinarium oder doch einer einzelnen Art desselben (II §. 517 Nr. 3. a) namentlich wegen Nov. 117 c. 1 erhoben hat, s. Glück XXXIV S. 124 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 431 fg., Vangerow II §. 428 Anm. Nr. II. Ueber das peculium castrense und quasi castrense s. II §. 516 Nr. 1. Daß das Hauskind über das s. g. peculium profecticium (§. 518) nicht testiren kann, versteht sich von selbst. Erlaubniß des Vaters vermag dem Kinde keine größere Testirfähigkeit zu geben, als es besitzt (pr. I. h. t., l. 6 pr. D. h. t., l. vgl. l. 3 D. h. t., l. 13 C. de test. 6. 23), auch nicht, wie man auf Grund von c. 4 in VI° de sepult. 3. 12 behauptet hat, für den Fall der Verfügung zu frommen Zwecken; denn die bezeichnete Stelle, bei welcher Abweichung vom römischen Recht nicht zu vermuthen ist, erklärt sich aus l. 7 §. 4 D. de don. 39. 5, l. 25 §. 1 D. de m. c. don. 39. 6. Fritz Arch. f. civ. Pr. VI S. 211, Glück XXXIV S. 141 fg., Puchta §. 463 zu t, Vangerow II §. 428 Nr. II a. E. A. M. Arndts §. 484 Anm. 3.

[9] L. 18 §. 1 D. h. t. „Si quis ob carmen famosum damnetur, sena-

Vorschriften über das Zinsennehmen verfehlen[10]; ferner sind beschränkt in der Testirfähigkeit nach römischem Recht diejenigen, welche eine incestuose Verbindung eingegangen haben[11]. Jedoch ist die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen bestritten und zweifelhaft[12]. Andere hierher gehörige Bestimmungen des römischen Rechts sind heutzutage unzweifelhaft unanwendbar[13].

---

tus consulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi". L. 5 §. 9. 10 D. de iniur. 47. 10. Vgl. l. 26 D. h. t. Gell. N. A. XV c. 13 i. f.

[10] C. 2 §. 1 in VI° de usur. 5. 5. Unter den „usurarii manifesti", von denen hier die Rede ist, sind im Sinne der Stelle Gläubiger zu verstehen, welche irgendwie Zinsen nehmen. Soll die Stelle heutzutage überhaupt noch Anwendung finden (Note 12), so muß sie in der bezeichneten Weise umgedeutet werden. Uebrigens nimmt sie von der Ungültigkeit des Testaments den Fall aus, wo im Testament selbst die Restitution der Zinsen angeordnet und diese Restitution vollzogen oder ihretwegen Sicherheit geleistet ist. Wächter Arch. f. civ. Pr. XVII S. 422.

[11] L. 6 C. de inc. nupt. 5. 5. Sie können nur Verwandte (gewisse Verwandte? vgl. Köppen §. 5 Note 11) zu Erben einsetzen.

[12] Es fragt sich: a) in Betreff der beiden zuerst bezeichneten Vergehen, ob nicht die Strafe der Testirunfähigkeit durch die Reichsgesetzgebung (P. G. O. Art. 110, R. P. O. XVII §. 1—8. XIX §. 2. 3. XX §. 6) oder doch durch die Praxis aufgehoben worden sei. S. namentlich Wächter a. a. O. S. 421 fg. 437 fg.; ferner Glück XXXIV S. 147. 148, Sintenis III §. 167 Anm. 11, und in Betreff der Zinswucherer Vangerow II §. 428 Anm. Nr. IV. 1, welcher in Betreff der Pasquillanten (Nr. IV. 3) a. M. ist. Vgl. auch Holzschuher II §. 143 Note 1. und die das. Citirten. b) Was das Verbrechen des Incestes angeht, so ist nach der richtigen Meinung die l. 6 C. cit. in der hierher gehörigen Beziehung durch Nov. 12 aufgehoben worden. S. namentlich Wächter a. a. O. S. 434 fg., und vgl. 535 Note 9 lit. e. Daß der incestuose Gatte und die incestuosen Kinder nicht zu Erben eingesetzt werden können, ist eine Beschränkung der Erb- nicht der Testirfähigkeit.

[13] Die Testirunfähigkeit derjenigen, welche durch die Verurtheilung zu einer Capitalstrafe die Freiheit oder die Civität verloren haben (l. 8 §. 1. 2 D. h. t., l. 1 §. 2 D. de leg. III° 32, l. 6 §. 6—8 D. de iniusto 28. 3, l. 7 §. 3 D. de int. releg. 48. 22), und der Ketzer oder doch gewisser Ketzer (l. 4 §. 5 C. de haer. 1. 5 und dazu Auth. Frid. II. *Credentes*, l. 3 C. de apost. 1. 7, Nov. 115 c. 3 §. 14). S. I §. 55 und namentlich Wächter a. a. O. S. 423 fg. 438 fg.

C. Form des Testamentes*.

1. Einleitung.

§. 540.

Das gemeine Recht stellt für die Testamentserrichtung zwei Formen zur Verfügung: Erklärung vor Zeugen und Erklärung vor Gericht. Hiernach unterscheidet man zwischen Privat- und öffentlichem Testament. Eine dritte vom kanonischen Recht gestattete Form: Erklärung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen[1], ist nicht zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt[2]. — Bei dem Privattestament gibt es für gewisse Fälle besondere Vorschriften. Man spricht in diesen Fällen, oder doch in denjenigen derselben, wo von der regelmäßigen Form etwas nachgelassen ist, von einem privilegirten Testament.[3] [4]

2. Privattestament.

a) Regelmäßige Form.

§. 541.

Das Privattestament verlangt in seiner regelmäßigen Form die Zuziehung, und zwar die gleichzeitige Zuziehung, von sieben

---

* Inst. 2. 10 de testamentis ordinandis. Dig. 28. 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. 6. 23 de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. — Glück XXXIV S. 149 fg. XXXV S. 1—119, Mühlenbruch in der Fortsetz. von Glück XXXV S. 119 fg., Vering S. 175 fg., Heimbach S. 735 fg., Sintenis III §. 168—170. §. 540.

[1] C. 10 X. de test. 3. 26.

[2] Sie ist weder von der Notariatsordnung Maximilian's I. von 1512 bestätigt, noch dieser gegenüber von der Gewohnheit festgehalten worden. Vgl. Holzschuher II §. 155, Seuff. Arch. XVII. 149.

[3] Ueber die geschichtliche Entwickelung der Form des Privattestamentes, auf welche hier nicht eingegangen werden kann, vgl. Glück S. 226 fg., Vering S. 175 fg., Köppen S. 10 fg. 54 fg. Weitere Literaturangaben bei Vangerow zu §. 443.

[4] Für den Erbvertrag verlangt die herrschende Meinung gar keine Form. Dagegen mit guten Gründen Hartmann Erbverträge S. 44 fg. In der That ist es „monströs" (Hasse Rhein. Mus. II S. 291), daß eine widerrufliche Erbeseinsetzung nur unter Beobachtung genau vorgeschriebener gesetzlicher Formen, eine unwiderrufliche aber, also das Mehr, ganz formlos soll gemacht werden können.

fähigen (§. 542) Zeugen. Vor[1] den versammelten Zeugen kann der Erblasser seinen letzten Willen entweder in der Weise erklären, daß er sie mit dem Inhalte desselben im Einzelnen bekannt macht (s. g. mündliches Testament)[2], wo dann Weiteres nicht erforderlich ist[3]; oder die Erklärung des Erblassers kann dahin gehen, daß sein letzter Wille in einer den Zeugen vorgezeigten Urkunde enthalten sei (s. g. schriftliches Testament), in welchem Falle die vorgezeigte Urkunde von dem Testator in Gegenwart der Zeugen[3a] unterschrieben, und von den Zeugen in Gegenwart des Testators unterschrieben und besiegelt werden muß[4]. Nur

---

§. 541. [1] L. 9. 12. 21 pr. §. 2 C. h. t., l. 8 C. qui test. 6. 22, §. 3 I. h. t., N. O. §. 9. Glück XXXIV S. 291 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 55 fg. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 5, XV. 196, vgl. auch XIII. 45.

[2] L. 21 §. 2 l. 26. 29 C. h. t., §. 14 I. h. t., l. 21 pr. D. h. t.; N. O. §. 1. 8. Die l. 21 cit. gebraucht den Ausdruck testamentum per nuncupationem, die N. O. den Ausdruck testamentum nuncupativum. — Ein mündliches Testament kann gültig auch durch Bezugnahme auf den Inhalt einer von einem Andern vorgelesenen Urkunde errichtet werden, Seuff. Arch. XIX. 243; nicht aber durch Bezugnahme auf den Inhalt einer nicht vorgelesenen. Mühlenbruch XXXV S. 13 fg.

[3] Wird in diesem Fall über den Vorgang eine Urkunde aufgenommen, so hat dieselbe lediglich die Bedeutung einer Beweisurkunde. Vgl. N. O. §. 5 und darüber Sintenis III §. 169 Anm. 17. Ist es zweifelhaft, ob die bei einer Testamentserrichtung aufgenommene Urkunde zum Zweck des Beweises eines mündlichen Testaments oder zum Zweck der Errichtung eines schriftlichen aufgenommen worden sei, so ist für diejenige Testamentsform zu entscheiden, bei welcher die Aufrechthaltung des letzten Willens den geringsten Schwierigkeiten unterliegt, also regelmäßig für das mündliche Testament. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 7, XIII. 152, XVII. 148. Kann aber auch ein Testament als mündliches aufrecht erhalten werden, welches unzweifelhaft als schriftliches beabsichtigt war? Dagegen Sintenis III §. 167 Anm. 17 zweite Hälfte, Unger §. 10 Anm. 12 vgl. auch Mühlenbruch XXXVIII S. 409; dafür Glück XXXV S. 29 fg. (mit Ausnahme des Falles, wo der Testator ausdrücklich erklärt habe, daß sein Testament nur als schriftliches gelten solle); Seuff. Arch. VII. 199, XX. 144.

[3a] Seuff. Arch. I. 95 Nr. 3. Vgl. das. XIII. 45.

[4] L. 21 pr. C. h. t., §. 3 I. h. t., N. O. §. 7. — Von wessen Hand die Testamentsurkunde geschrieben ist, ist gleichgültig; die Vorschrift Justinians (l. 29 C. h. t., §. 4 I. h. t.), daß wenigstens der Name des Erben von der Hand des Erblassers geschrieben sein müsse, hat Justinian selbst in Nov. 119 c. 9 wieder aufgehoben. — Unterschrift und Besiegelung kann auch auf der verschlossenen Testamentsurkunde geschehen. Ja gerade diesen Fall hat l. 21 C. cit., welche die N. O. wörtlich übersetzt, im Auge (— „licere per scri-

wenn der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben, und daß er dieß gethan habe, im Testamente selbst bemerkt hat, ist seine Unterschrift nicht nothwendig[5]. Datirung des Testaments ist Erforderniß seiner Gültigkeit nicht[6]. — Sowohl aber bei dem mündlichen wie bei dem schriftlichen Testament muß die Testamentshandlung ohne Unterbrechung durch einen ihr fremden Act zu Ende geführt werden[7], und nur eine durch die Nothwendigkeit der Befriedigung eines leiblichen Bedürfnisses bei dem Erb=

---

pturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatum vel tantum clausam involutamque proferre scripturam . . . eamque . . . testibus . . . offerre signandam et subscribendam"). Glück XXXIV S. 453 fg., Vangerow II S. 145 unten, Sintenis III §. 169 Anm. 6. Seuff Arch. XV. 137. — Die Besiegelung hat heutzutage nach unzweifelhaftem Gewohnheitsrecht die Bedeutung einer Beglaubigung der Unterschrift; bei den Römern erfolgte sie zum Zweck des Verschlusses der Testamentsurkunde. Hieraus erklärt sich die Vorschrift, daß die Zeugen auch mit einem fremden, und die sämmtlichen Zeugen mit einem und demselben Siegel siegeln können (l. 22 §. 2. D. h. t., §. 5 I. h. t.), welche Vorschrift die R. O. §. 10 wiederholt hat. Abweichend W. Sell Versuche I S. 225 fg.; aber s. Holzschuher II §. 152 Nr. 6. — Die Nothwendigkeit der subscriptio als selbstständigen Actes ist durch die kaiserliche Gesetzgebung eingeführt worden (§. 3 I. h. t.); das „adscribere" oder „adnotare", von welchem bereits die Pandektenjuristen reden (l. 22 §. 4 l. 30 D. h. t., l. 12 C. de test. 6. 23), ist zu verstehen von einer Nebenschrift neben dem verschließenden Siegel, welche den Zweck hatte, die Auffindbarkeit der Zeugen bei der Eröffnung des Testaments (l. 4—7 D. test. quemadmod. 29. 3, Paul. S. R. IV. 6 §. 1) zu ermöglichen. Uebrigens ist hier noch nicht Alles vollständig klar. Vgl. Savigny Gesch. d. röm. Rechts im M. A. II S. 182 fg., Spangenberg Arch. f. civ. Pr. V. 5. Huschke Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 5, Bachofen ausgewählte Lehren S. 256 fg. 276 fg. 292 fg. 309 fg., Bering S. 211 fg.; v. Löhr Arch. f. civ. Pr. VI. 16, Guyet Abhandlungen Nr. 3, Glück XXXIV S. 442 fg. — Ueber noch andere Fragen s. Glück XXXIV S. 421 fg. Seuff. Arch. VI. 220; Glück XXXIV S. 466 fg., Seuff. Arch. VI. 50.

[5] L. 28 §. 1. C. h. t.

[6] Vgl. das Fragment aus Modestini Regularum l. IX bei Huschke Iurisprudent. anteiustin. p. 527. Glück XXXIV S. 468 fg.

[7] Erforderniß der s. g. unitas actus. L. 21 §. 3 D. h. t., §. 3 I. h. t. Glück XXXIV S. 375 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 73—76. 88—99. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 4, XXII. 54; vgl. XIX. 102. Vgl. §. 568 Note 2. — Marezoll a. a. O. S. 68 fg. verlangt auf Grund von l. 21 pr. §. 2 C. h. t. und R. O. §. 7 („uno eodemque die", desselben Tags und Zeit") auch Einheit des Kalendertages. Dagegen gewiß mit Recht W. Sell in

lasser oder einem der Zeugen herbeigeführte Unterbrechung schadet, wenn sie nicht zu lange dauernd ist, nicht[8].

§. 542.

Die Testamentszeugen sind nicht bloße Beglaubigungszeugen, sie sind auch Förmlichkeitszeugen. Deßwegen darf ihre Gegenwart bei dem Testamente keine bloß zufällige[1] und keine unfreiwillige sein[2].

Unfähig Testamentszeugen zu sein sind[3]:

1) diejenigen, welche die für ein Zeugniß erforderliche geistige oder körperliche Fähigkeit nicht besitzen, daher Wahnsinnige[4], Taube, Stumme[5], und für das schriftliche Testament auch Blinde[6];

Sell's Jahrbuch III. 3, Fein Fortsetz. von Glück XLV Seite 9 fg., Sintenis III §. 169 Anm. 5, Vangerow II §. 444 Anm. Nr II.

[8] L 28 pr. C. h. t., N. O. §. 7. 9. Es soll selbst das nicht schaden, daß Einer der Zeugen durch Krankheit bleibend verhindert wird; es soll dann ein anderer an seiner Stelle zugezogen werden. L. 28 pr. cit. S. auch §. 568 Note 2.

§. 542. [1] Sie müssen „testes rogati" sein, d. h. sie müssen zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung aufgefordert (aber nicht nothwendig herbeigerufen) worden sein. L. 21 §. 2 D. h. t., N. O. §. 3. Vgl. l. 11 D. de test. 22. 5. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 1, XV. 32, XIX 244, XX. 231, XXII. 156.

[2] L. 20 §. 10 D. h. t.

[3] Glück XXXIV S. 310 fg., Heimbach S. 760 fg., Vangerow II §. 444 Anm. Nr. I.

[4] L. 20 §. 4 D. h. t., §. 5 I. h. t.

[5] §. 6 I. h. t. Harthörigkeit schadet nicht: Seuff. Arch. I. 95 Nr. 2.

[6] Die Blinden sind in den Quellen nirgends für unfähig zum Testamentszeugniß erklärt. Aber ihre Unfähigkeit beim schriftlichen Testament ergibt sich aus der Natur der Sache, weil sie weder im Stande sind, das Unterschreiben des Erblassers wahrzunehmen, noch ihre eigene Unterschrift und ihr Siegel wiederzuerkennen. Dagegen wohnt ihnen eine natürliche Unfähigkeit, über eine mündliche Testamentserrichtung ein glaubwürdiges Zeugniß abzulegen, nicht bei (auch nicht was die Identität des Erblassers angeht, in welcher Beziehung sie nur größere Schwierigkeiten zu überwinden haben, als Sehende), und daher ist in Betreff dieses Falles dabei stehen zu bleiben, daß die Quellen sie nicht ausschließen. Doch ist dieser Punkt außerordentlich streitig. Für die vollständige Unfähigkeit der Blinden s. namentlich Glück XXXIV S. 295 fg., Fein Fortsetz. v. Glück XLIV S. 452 fg., Puchta §. 465. p, Sintenis III §. 169 Anm. 24, Holzschuher II §. 151 Nr. 1; für die hier vertretene Ansicht namentlich Marezoll Zeitschrift f. Civ. u. Pr. IV S. 58 fg., Heimbach S. 760 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1, Vering S. 209 Note 2 (welcher die Blinden sogar vom schriftlichen Testament „nicht ganz" ausschließen will).

2) Frauen[7] und Geschlechtsunreife[8];

3) interdicirte Verschwender[9];

4) der Erbe und der mit dem Erben durch väterliche Gewalt Verbundene, d. h. wer den Erben in väterlicher Gewalt hat, oder in dessen väterlicher Gewalt steht, oder mit ihm in der väterlichen Gewalt desselben Dritten steht; ferner derjenige, welcher in der väterlichen Gewalt des Erblassers steht[10]. Vermächtnißnehmer sind nicht ausgeschlossen[11].

---

[7] L. 20 §. 6 D. h. t., §. 6 I. h. t., N. O. §. 6. Vgl. Unger §. 10 Anm. 15.

[8] §. 6 I. h. t., N. O. §. 6.

[9] L. 18 D. h. t. Der Grund dieser Unfähigkeit ist der Mangel des commercium (§. 539 Note 5); dieselbe hat daher für unser Recht gar keine Bedeutung mehr — ist freilich deßwegen nicht weniger geltendes Recht.

[10] L. 20 pr. §. 2 D. h. t., §. 9. 10 I. h t., N. O. §. 6. In §. 9 cit. wird für unfähig erklärt auch derjenige, welcher den Erblasser in der väterlichen Gewalt habe oder mit ihm in derselben väterlichen Gewalt stehe, während l. 20 §. 2 D. h. t. in Betreff des Ersten (und damit auch in Betreff des Zweiten) das Gegentheil aussagt. Bei diesem Widerspruch ist im Sinne des römischen Rechts der Entscheidung der Pandektenstelle der Vorzug zu geben; denn dieselbe beruht offenbar auf dem Satze, daß der Haussohn in Betreff seines castrensischen Peculiums (welches hier allein in Betracht kommt, §. 539 Note 8) nicht als Haussohn anzusehen sei (l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6), und dieser Satz hat durch Nov 118, welche den Haussohn in das castrensische Peculium auch ab intestato beerbt werden läßt [vgl. §. 572 Note 7], eine neue Bekräftigung und seine Vollendung erhalten. Doch sind die Meinungen hier sehr getheilt. Vgl. Glück XXXIV S. 368 fg. und die das. Citirten, Vangerow a. a. O. Nr. 5. [Fitting das castrense peculium S. 205 fg.]. — Uebrigens galt das hier für den Erben und die mit ihm durch Gewalt verbundenen Personen Gesagte ursprünglich nicht für diesen, sondern für den familiae emtor, und erst Justinian hat es auf den Erben übertragen. Gai. II §. 105—108, Ulp. XX. 3—6, §. 10 I. h. t. — Die Erklärung aber für den hier dargestellten Satz liegt nicht in einer früher vielfach angenommenen Personeneinheit zwischen dem Gewalthaber und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern, welche Einheit eben nicht existirt (vgl. namentl. v. d. Pforten Abhandlungen S. 117 fg. und besonders l. 22 pr. D. h. t., §. 8 I. h. t., Ulp XX. 6), auch nicht in der Verdächtigkeit des Zeugnisses der ausgeschlossenen Personen — warum hat man sonst den Erben, und warum den Vermächtnißnehmer (Note 11) zugelassen? — sondern in der Vorstellung, daß die Zeugen des Mancipationstestamentes, wie der Mancipation überhaupt, Vertreter des Volkes seien, und daß einer Person gegenüber das Volk nicht durch Angehörige ihres Hauses vertreten werden können. „Reprobatum est enim in ea re do-

5) Zur Strafe unfähig zum Testamentszeugnisse ist der wegen Ehebruchs [12] und wegen Pasquilles [13] Verurtheilte, der Letztere jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die über denselben vom römischen Recht verhängte Strafe der Testirunfähigkeit heutzutage noch zu Recht besteht [14] [15].

Der Mangel der Fähigkeit eines Zeugen wird nicht etwa dadurch gehoben, daß der Zeuge allgemein für fähig gilt [16].

---

mesticum testimonium", sagt Gai. II. 105, und danach noch Justinian in §. 9 I. h. t., s. auch l. 3 C. de test. 2. 20. Vgl. Vering S. 181—182.

[11] L. 20 pr. D. h. t., l. 22 C. h. t., §. 11 I. h. t., Gai. II. 108. Glück XXXIV S. 347 fg.

[12] L. 14 D. de testibus 22. 5.

[13] S. §. 6 I. h. t. und §. 539 Note 9.

[14] S. §. 539 Note 12.

[15] Man bemerke noch: a) in l. 15 D. de testibus 22. 5 wird auch dem wegen des crimen repetundarum Verurtheilten die Fähigkeit zum Testamentszeugniß abgesprochen. Aber diese Stelle wird aufgehoben durch die geradezu widersprechende l. 20 §. 5 D. h. t. (in welcher die Einschiebung eines „non vor posse — s. darüber Glück XXXIV S. 324 fg. — reine Willkür ist). b) Auf Grund von Nov. 90 c. 1 wird von Manchen gelehrt, daß jede Bescholtenheit unfähig zum Testamentszeugniß mache (Glück XXXIV S. 339, Heimbach S. 767, Sintenis III §. 169 Anm. 5, Vangerow a. a. O. Nr. 4). Aber das genannte Gesetz schließt nicht sowohl bescholtene, als vielmehr unbekannte und unangesehene Personen vom Zeugniß aus, und thut das nicht in dem Sinne, um sie für unfähig zum Zeugniß zu erklären, sondern in dem Sinne einer Anweisung, sie nicht zu Zeugen zu nehmen. Daß es ihr Zeugniß nicht für nichtig erklären will, geht auch aus der Vorschrift hervor, welche es hinzufügt, daß sie im Falle des Verdachtes auf dem Wege der Folter zur Aussage der Wahrheit sollen angehalten werden können. c) Die Vorschrift des römischen Rechts, daß Niemand Testamentszeuge sein könne, welchem die testamenti factio abgehe (l. 18 pr. D. h. t., §. 6 I. h. t., Ulp. XX. 8, vgl. N. O. §. 6), bezieht sich nur auf das Erforderniß des commercium (§. 539 Note 1). In diesem Sinne hat der Revisions- und Cassationshof zu Berlin im Jahre 1834 erkannt, daß Ordensgeistliche nicht unfähig zum Testamentszeugniß seien. Seuff. Archiv. II. 202. d) L. 27 D. h. t. (s. g. quaestio Domitiana, responsum Celsinum).

[16] Das Gegentheil behauptet eine weit verbreitete Meinung (vgl. Glück XXXIV S. 341—342, Holzschuher II §. 151 Nr. 6) auf Grund von l. 1 C. h. t. und §. 7 I. h. t., in welchen Stellen entschieden ist, daß Sclaverei eines Zeugen, welcher allgemein für frei gehalten worden sei, das Testament nicht ungültig mache. Aber es ist ungerechtfertigt, in dieser Entscheidung die Anerkennung eines allgemeinen Princips zu finden. S. auch Vangerow II S. 141.

b. Abweichende Vorschriften.

α. Erschwerende.

§. 543.

1. Beim Testament eines Blinden [1] muß außer den sieben Zeugen ein Notar, oder wenn ein solcher nicht zu erlangen ist, ein achter Zeuge zugezogen, und es müssen die Zeugen und der Notar mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden[2]. Dieses Letztere kann entweder durch den Erblasser selbst geschehen, in welchem Falle die von ihm abgegebene Erklärung von dem Notar bez. achten Zeugen in Gegenwart der Zeugen aufgeschrieben werden muß; oder dadurch, daß der Erblasser eine vorher gefertigte Urkunde vorlesen läßt [3] und das Vorgelesene als seinen letzten Willen erklärt. In beiden Fällen muß die Testamentsurkunde außer von den Zeugen auch von dem Notar bez. achten Zeugen unterschrieben und besiegelt werden [4].

2. [5] Das schriftliche Testament eines Schreibensunfähigen [6] muß an seiner Statt von einem achten Zeugen [7] unterschrieben werden[8].

---

[1] L. 8 C. qui test. 6. 22, N. O. §. 9. Glück XXXIV S. 26 fg., Marezoll Mag. f. RW. und Gesetzgeb. IV S. 166—173, Sintenis III §. 170 Anm. 16. §. 543.

[2] In diesem Sinne nennt die l. 8 cit. das Testiren des Blinden ein Testiren „sine scriptis“. In der Wirklichkeit ist die für das Testament des Blinden vorgeschriebene Form eine Combination der Formen des mündlichen und des schriftlichen Testaments. S. auch N. O. §. 1 a. E.

[3] Nach der Coderstelle soll auch die Vorlesung durch den Notar erfolgen, was aber in der N. O. nicht wiederholt ist.

[4] Die Coderstelle verlangt nur Besiegelung durch den Notar, die N. O. auch Unterschrift.

[5] L. 21 pr. l. 28 §. 1 C. h. t., N. O. §. 7. Glück XXXIV S. 47 fg. 40 fg., Gesterding Ausbeute I S. 344 fg., W. Sell Versuche I S. 218—225.

[6] L. 21 pr cit.: — „si literas testator ignoret vel subscribere nequeat“. N. O. a. a. O.: — „wo er nicht schreiben könnt oder alsdann nicht möcht“. Vgl. Seuff. Arch. XI. 255, XXI. 242.

[7] Die achte Person wird im Coder nur als subscriptor, dagegen in der N. O. als Zeuge bezeichnet, und muß daher auch die Eigenschaften eines Zeugen haben. Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt. S. Vangerow II §. 445 Anm. Nr. 2. a. Seuff. Arch. IV. 62, XVIII. 87.

[8] Der achte Zeuge unterschreibt seinen Namen mit der Hinzufügung, daß

β. Erleichternde.

§. 544.

1. Soldaten können während des Gefechtes ohne alle Form testiren [1]. Wenn es feststeht, daß sie überhaupt einen letzten Willen haben errichten wollen [2], so genügt eine irgendwelche Erklärung desselben [3]. Während eines Feldzuges können Soldaten vor zwei Zeugen testiren [4]. Nach der Entlassung behält das Soldatentestament, wenn die Entlassung nicht ehrenrührig ist,

---

er für den Testator unterschreibe. Doch ist auch hierüber Streit. S. Gesterding S. 347 fg., Glück S. 406 fg., Sell S. 222 fg., Vangerow a. a. O., Sintenis III §. 169 Anm. 11. Seuff. Arch. XVIII. 87. Besiegelung durch den achten Zeugen ist nicht erforderlich. Seuff. Arch. IV. 62.

§. 544. [1] S. g. testamentum militare. Inst. 2. 11 de militari testamento. Dig. 29. 1 Cod. 6. 21 de testamento militis. Mühlenbruch XLII S. 19 fg. Fitting zur Geschichte des Soldatentestaments (Halle 1866). [Ders. das castrense peculium S. 9 fg.] Sintenis III S. 368—371. — Die N. O spricht nicht von Soldaten, sondern von „Rittern", und gibt damit diejenige Auffassung des Ausdruckes miles wieder, welche in der Jurisprudenz, welche sie vorfand, die ausschließlich herrschende war. Durch späteres Gewohnheitsrecht ist aber die Beziehung des Privilegiums auf die milites im römischen Sinne des Wortes wiederhergestellt worden. Fitting S. 18 fg. 23 fg. 27 fg.

[2] L. 24 D. h. t., §. 1 I. h. t. S. auch Mühlenbruch S. 59 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 70.

[3] L. 1 pr D. h. t.: — „Faciant . . . testamenta quomodo volunt, faciant quomodo poterint: sufficiatque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas testatoris". L. 3. 15 C. h. t., pr. I. h. t.; l. 3. 35. 36 pr. l. 40 pr. D. h. t. — Bestätigung eines früheren ungültigen Testaments: §. 4. I. h. t., l. 9 l. 15 §. 2 l. 20 §. 1 D. h. t. Mühlenbruch S. 69 fg. — Ernennung eines Erben durch Erbvertrag: l. 19 C. de pact. 2. 3. — Beweis: Mühlenbruch S. 64—67.

[4] So die N. O. a. a. O. auf Grund der zu ihrer Zeit herrschenden (sich auf die Worte „convocatis ad hoc hominibus" in §. 1 I. h. t. und l. 24 D. h. t. stützenden) Ansicht. S. darüber Fitting S. 7. fg. Nach der richtig verstandenen Lehre des römischen Rechts ertheilt dieses das Privilegium formlosen Testirens auch den „in expeditione" befindlichen Soldaten; ja vor Justinian kam es allen Soldaten überhaupt zu. L. 17 C. h. t., pr. §. 3 I. h. t.; vgl. l. 1. 15 C. h. t. Mühlenbruch S. 32 fg. — Sind die zwei Zeugen Beweis- oder Solemnitätszeugen? Für das Letztere Mühlenbruch S. 67, Sintenis III. §. 170 Anm. 2. A. M. Fitting a. a. O. S. 25 mit Berufung auf die zur Zeit der N. O. herrschende Ansicht. Aber die N. O. stellt doch offenbar wie diese zwei Zeugen den sonstigen Testamentszeugen ganz gleich.

noch ein Jahr lang seine Kraft[5]. Das Privilegium der Soldaten erstreckt sich auch auf Nichtsoldaten, welche im Gefechte sterben[6].

2. Leidet der Testator an einer ansteckenden Krankheit, so ist nicht erforderlich, daß sich die Zeugen in seiner unmittelbaren Gegenwart befinden[7].

3. Auf dem Lande genügen im Nothfall fünf Zeugen, und wenn das Testament schriftlich errichtet wird, kann für die Schreibensunkundigen unter den Zeugen ein anderer derselben unterschreiben, so jedoch, daß in diesem Falle die Zeugen mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden und ihre Aussage eidlich bekräftigen müssen[8].

4. Ein Testament, in welchem Ascendenten bloß zu Gunsten

---

[5] L. 21. 26 D. h. t., l. 5 C. h. t., §. 3 I. h. t. Mühlenbruch S. 21 fg.

[6] So versteht die herrschende Meinung das „in hostico" oder „in hosticolo" der l. 44 D. h. t., l, un. pr. D. de B. P. ex test. mil. 37. 14. Mühlenbruch S. 48 fg., Sintenis III §. 170 Anm. 7.

[7] Namentlich also brauchen sie sich mit dem Testator nicht in demselben Raume zu befinden. S. g. testamentum tempore pestis. L. 8 C. de test. 6. 23. Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XLII S. 262 fg., Köchy civil. Erörterungen I S. 114 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 77 fg., Ackermann Arch. f. civ. Pr. XXXII. 2, Sintenis III §. 170 Anm. 14, Vangerow II §. 444 g. E. Nr. 1. Die im Text vertretene Auffassung der l. 8 cit. ist die der Basiliken. Andere Meinungen: 1) wenn der Erblasser an einer ansteckenden Krankheit leide, oder, wie Andere sagen, wenn eine ansteckende Krankheit herrsche, sei nicht erforderlich Vereinigung der Zeugen unter sich, es könne ein Zeuge nach dem andern zugezogen werden; 2) wenn ein Zeuge während des Testiractes von der Epilepsie (casus maior) befallen werde, so schade es nicht, wenn die übrigen Zeugen sich zeitweilig entfernten, es müsse aber hinterher die volle Zahl wieder zusammenkommen. Nach der hier angenommenen Erklärung muß statt „oppressos" gelesen werden „oppresso" oder „oppressis".

[8] S. g. testamentum ruri conditum. L. 31 C. de test. 6. 23, N. O. §. 2. Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XLII S. 215 fg., Marezoll Arch. f. civ. Pr. IX. 15, Wächter Tüb. krit. Zeitschr. II S. 169 fg., Fritz Zeitschr. f. Civ. und Pr. XIX. 9, Sintenis III §. 170 Anm. 15. Die Bestimmung kündet sich an als ein Privilegium für einen gewissen Stand, ist aber in der Wirklichkeit ein Privilegium für einen gewissen Errichtungsort. Justinian hat vorausgesetzt, daß auf dem Lande eben nur rustici testiren werden. Den Beweis, daß die Beobachtung der regelmäßigen Testamentsform unmöglich gewesen sei, hat ohne Zweifel derjenige zu führen, welcher sich auf das Testament beruft. Ueber andere hier verhandelte Fragen s. die citirten Schriftsteller. Seuff. Arch. II. 203, VIII. 62.

ihrer Descendenten verfügen, bedarf, wenn es schriftlich errichtet wird, gar keiner Zeugen[9]; es genügt ein schriftlicher Aufsatz, in welchem die Namen[10] der Descendenten, ihre Antheile[10] — diese mit Buchstaben, nicht mit Zahlzeichen — und das Datum von der eigenen Hand des Testators geschrieben sind[11]. Einsetzungen fremder Personen in einem solchen Testamente sind nichtig[12]; Vermächtnisse an fremde Personen sind nur dann gültig, wenn sie vor Zeugen bekräftigt worden sind[13]. Widerrufen werden kann ein solches Testament nur in einem neuen in regelmäßiger Form errichteten Testament[14], woraus sich von selbst ergibt, daß es nur in Ermangelung eines früheren gültigen Testaments zu Recht besteht[15]. Ein mündliches Testament von Ascendenten zu Gunsten ihrer Descendenten erfordert die Zuziehung von zwei Zeugen[16]. [17]

---

[9] S. g. testamentum parentum inter liberos. Dasselbe beruht auf l. 21 §. 1 C. de test. 6. 23, Nov. 107 c. 1. 2, R. O. §. 2. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 151— 231. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts I. 6 (1817). M. J. Euler de testamento et divisione parentum inter liberos (1820). Fritz Versuch einer historisch-dogmatischen Darstellung der Lehre vom Testament, welches Aeltern unter ihren Kindern errichten (1822). Sintenis III S. 375—377, Holzschuher II § 159.

[10] Vgl. Seuff. Arch. II. 68. 71.

[11] Unterschrift des Testators wird in den Gesetzen nicht gefordert. Mühlenbruch S. 184.

[12] L. 21 §. 1 cit.

[13] Vor Zeugen, also vor wenigstens zwei. Diese Zeugen sind Beweiszeugen. — Jedoch ist dieser Punkt sehr streitig. Andere erfordern die für Vermächtnisse überhaupt erforderliche Anzahl von Zeugen. Mühlenbruch S. 213 fg. Das beste Argument für diese Meinung ist, daß es im griechischen Text heißt: „ἐπὶ τῶν μαρτύρων“: die Zeugen werden als bekannt vorausgesetzt. Aber von der andern Seite: wenn das Vermächtniß vor der nöthigen Anzahl von Zeugen erklärt ist, wozu bedarf es dann noch der eigenhändigen Schrift? [Fein Forts. von Glück XLV S. 78.]

[14] Nov. 107 c. 2. Doch ist diese Auslegung der Novelle nicht unbestritten. S. Mühlenbruch S. 216 fg.; G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II. 14.

[15] R. O. a. a. O.: „da kein ander ihr Testament zuvor gemacht abgethan würde“. Mühlenbruch S. 230.

[16] So versteht die herrschende Meinung die R. O. a. a. O. Freilich ist diese Auslegung bestritten und zweifelhaft. Mühlenbruch S. 219 fg. Seuff. Arch. II. 70, XVII. 261.

[17] Es gibt noch eine Reihe von andern Streitfragen in dieser Lehre. S. Mühlenbruch und Sintenis a. a. OO. Seuff. Arch. II. 69.

5. Nach kanonischem Rechte bedürfen Verfügungen zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen gar keiner Form[18].

3. Oeffentliches Testament*.

§. 545.

Ein Testament kann auch durch Erklärung vor Gericht errichtet werden[1]. Die gerichtliche Erklärung kann entweder den letzten Willen im Einzelnen darlegen, oder sie kann sich beziehen auf eine dem Gericht übergebene, den letzten Willen enthaltende Urkunde[2]. In beiden Fällen muß über die abgegebene

---

[18] C. 11 vgl. c. 4 X. de test. 3. 29. Mühlenbruch XLII S. 130 fg. Pfeiffer prakt. Ausführungen II. 13. Schulte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 6. Sintenis III §. 170 Anm. 3. Die Vorschrift des kanonischen Rechts ist zwar durch die N. O. nicht bestätigt, aber hier (vgl. §. 540 Note 2) derselben gegenüber durch Gewohnheitsrecht festgehalten worden. — Das c. 11 cit. verlangt Beweis durch zwei oder drei Zeugen. Sind aber diese Zeugen wirklich nur Beweiszeugen, so liegt auf der Hand, daß auch jedes andere Beweismitttel genügen muß. Freilich ist darüber lebhafter Streit, ob die Decretale nur von Beweiszeugen, und nicht vielmehr von Solemnitätszeugen zu verstehen sei. Für das Letztere Mühlenbruch und Sintenis; für das Erstere Pfeiffer und in ausführlicher Entwicklung Schulte, von den Aelteren besonders I. H. Boehmer ius eccl. prot. III. 26 §. 19, s. auch Holzschuher II §. 158 Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 149; XIV. 240. — Die Decretale spricht nur von Verfügungen zu Gunsten einer Kirche. Die Ausdehnung auf milde Stiftungen beruht auf der Praxis. Doch ist über den Umfang dieser Ausdehnung ebenfalls Streit. S. Mühlenbruch S. 131—132, Holzschuher a. a. O. Nr. 2.

* Glück XXXIV S. 154 fg. 188 fg. Sintenis III §. 168. §. 545.

[1] Das gerichtliche Testament ist anerkannt (nicht eingeführt) in l. 19 C. de test. 6. 23 (vgl. Savigny Geschichte des röm. R. im M. A. I S. 107 fg. der 2. Ausg., Glück S. 156 fg.); seine nähere Ausbildung beruht auf der Praxis. [Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 212 fg.] — Competent ist jedes Gericht, welches die Civilgerichtsbarkeit hat, nicht bloß das nach den Regeln des Civilprocesses zuständige. Glück S. 203. — Erklärung vor Gericht: Seuff. Arch. XIII. 45. — [Vgl. überhaupt noch die angeführten Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 247—249.]

[2] Glück S. 188. — Unterschrift des Testators ist nicht erforderlich. Seuff. Arch. XVI. 231. — Ist der Testator blind, so muß ihm auch in diesem Falle die übergebene Urkunde vorgelesen und das Vorgelesene von ihm als sein letzter Wille anerkannt werden; denn sonst fehlt es an der Gewißheit des letzten Willens. Glück XXXIV S. 37—38. Seuff. Arch. I. 355. Ist aber das Gleiche auch dann zu beobachten, wenn der Testator unfähig ist, Geschriebenes zu lesen? S. darüber Glück XXXIV S. 47 fg., Thibaut Arch. f.

Erklärung ein Protokoll in der für gerichtliche Protokolle erforderlichen Form aufgenommen werden[3]. Verwahrung der Testamentsurkunde im Gerichtsarchiv ist gewöhnlich, aber nicht nothwendig[4]. Abgabe der Erklärung durch einen Bevollmächtigten ist hier in gleicher Weise unzulässig, wie bei der Testamentserrichtung überhaupt[5]; ebensowenig kann die mündliche Erklärung durch eine schriftliche ersetzt werden[6]. Daß der Testator sich zum Gerichte begebe, ist nicht erforderlich; es kann sich auch das Gericht oder eine von demselben beauftragte Deputation zum Testator begeben[7]. [8] Wie durch eine vor Gericht, so kommt auch durch eine vor dem Landesherrn abgegebene Erklärung ein Testament zu Stande[9].

---

civ. Pr. VI. 226, Holzschuher II §. 143 Note 7. Seuff. Arch. VIII. 273, XXI. 242.

[3] Glück S. 189 fg. Seuff. Arch. V. 194, IX. 308 (vgl. VI. 266), XVI. 60. [Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 234 fg. 247.]

[4] Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 302 fg., Sintenis Anm. 6. 7, vgl. auch Holzschuher II §. 154 Nr. 4. Deßwegen bewirkt auch die Zurücknahme der Testamentsurkunde aus den Händen des Gerichts keine Aufhebung des Testaments. Glück S. 218 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 301 fg., Sintenis III §. 179 Anm. 35, Vangerow II §. 460 Anm. Nr. III. a. E.

[5] Streitig. Für die hier vertretene Ansicht: Glück a. a. O. S. 191 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 305 fg., Guyet Arch. f. civ. Pr. XIII. 14, Sintenis Anm. 5, Holzschuher II §. 154 Nr. 3. Seuff. Arch. II. 200, XI. 263.

[6] Es ist die Idee abzuweisen, als komme etwa ein Testament dadurch zu Stande, daß eine den letzten Willen enthaltende Urkunde in gerichtliche Verwahrung gebracht würde. Mühlenbruch a. a. O. S. 303 fg., Sintenis Anm. 8.

[7] Glück S. 189.

[8] Ueber das Erforderniß der unitas actus beim gerichtlichen Testament s. Frank Arch. f. prakt. RW. VI S. 374 fg. (Holzschuher II §. 154 Nr. 6). Seuff. Arch. XIX. 102.

[9] L. 19 C. cit. S. auch Nov. Val. III. tit. XX. 1 (ed Hänel p. 190). Diese Constitutionen haben nur den Fall im Auge, wo die Erklärung des letzten Willens durch Beziehung auf eine zugleich überreichte Urkunde erfolgt. Glück a. a. O. S. 165 fg., Sintenis Anm. 9.

D. Inhalt des Testaments.

1. Die Erbeseinsetzung*.

a. Voraussetzungen ihrer Gültigkeit.

α. Erfordernisse der Erklärung.

§. 546.

Von dem möglichen Inhalt eines Testamentes (§. 538) kommt hier allein die Erbeseinsetzung in Betracht. — Damit eine gültige Erbeseinsetzung vorliege, ist erforderlich, daß die Erklärung, in welcher die Erbeseinsetzung enthalten ist,

1. verstanden werden könne. Bloße Undeutlichkeit ist durch Auslegung zu beseitigen, und gerade bei letztwilligen Verfügungen ist der Auslegung besonders freie Hand gewährt[1]; läßt sich aber trotzdem zu keinem bestimmten Resultate gelangen, so kann der Erklärung eben keine Folge gegeben werden[2].

2. Die Erklärung muß ächt sein, d. h. sie muß wirklich vom Testator herrühren. Um bei schriftlichen Testamenten der Gefahr der Fälschung vorzubeugen, ist vorgeschrieben[3], daß Verfügungen

---

* Inst. 2. 14 Dig. 28. 5 de heredibus instituendis. Cod. 6. 24 de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. — Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 116 fg. XL S. 1 fg. Arndts im RLex. III S. 907—939. §. 546.

[1] S. I §. 84 Note 7. 11. Eigene Auslegung des Testators: l. 21 §. 1 D. qui test. 28. 1. Vgl. über die Auslegung letztwilliger Verfügungen überhaupt Elvers Themis N. F. I S. 256—277, und aus Seufferts Archiv: a) im Allgemeinen: IV. 163, IX. 182; VII. 67, XV. 31; III. 181; V. 196, XVII. 163; XVIII. 59; b) im Einzelnen: IV. 133, IX. 183 und S. 320, XIII. 103, XIV. 45 (Bedeutung des Ausdruckes „Kinder"); IV. 65, VII. 66, VIII. 158 („Erben"); XIII. 318 („Intestaterben"); X. 269. 275, XII. 242, XVII. 68 („nächste Verwandte"); II. 201, VIII. 151; XIX. 292.

[2] L. 2 D. de his quae pro non scr. 34. 8, l. 73 §. 3 D. de R. I. 50. 17. L. 62 §. 1 D. h. t. „Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator plures amicos eodem nomine habeat, et (ut?) ad designationem singulari nomine utatur: nisi ex aliis appertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit". L. 33 §. 1 D. de cond. 35. 1. Vgl. l. 9 §. 8 D. h. t. Mühlenbruch XL S. 194—197.

[3] Durch ein senatus consultum Libonianum (a. u. 769) und weitere sich daran anschließende Gesetze.

zu Gunsten des Schreibers des Testaments ungültig sein sollen[4], wenn nicht der Testator sie eigenhändig bestätigt hat[5], oder der Schreiber der einzige Intestaterbe ist[6].

3. Eine bestimmte Form der Erklärung ist nicht erforderlich; es genügt, daß aus den gebrauchten Worten mit Sicherheit der Erbeseinsetzungswille erkannt werden könne[7]. Namentlich ist der

---

[4] L. 1 §. 8 l. 5. 6. 10. 11. 14. 15. 17. 18. 22 D. de lege Cornelia de falsis et de SC. Liboniano 48. 10, l. 1. 5 D. de his quae pro non scr. 34. 8, tit. Cod. 9. 23 de his qui sibi adscribunt in testamento. Vangerow II § 433 Anm. 2, Sintenis III S. 383—385, Keller Institutionen S. 361—368. Das SC. Libonianum verhängte Nichtigkeit der Verfügung nicht direkt; sein unmittelbarer Inhalt war, daß den Schreiber der Verfügung die Strafe der lex Cornelia treffen solle. Vgl. l. 1 D. de his quae pro non scr. 34. 8. — Nichtig ist jede Verfügung irgend welcher Art zu Gunsten des Schreibers. L. 3. C. tit. cit.; l. 1 D. de his quae pro non scr. 34. 8, l. 6 pr. D. de lege Corn. de falsis 48. 10, l. 22 §. 6 eod.; l. 6 §. 1 eod; l. 6 §. 2 l. 22 §. 7 eod.; l. 22 §. 11 eod; l. 15 § 2 l. 22 §. 9 D. eod., l. 6 C. tit. cit.; l. 18 § 1 D. tit. cit., l. 29 D. de test. tut. 26. 2. — Verfügungen zu Gunsten einer dem Schreiber nahe verbundenen Person unterliegen der Nichtigkeit nicht. L. 11 §. 1 l. 18 pr. l. 22 §. 2. 5 D. de lege Corn. de falsis 48. 10. Dagegen soll nach römischem Rechte ebenfalls nichtig sein die Verfügung zu Gunsten des Kindes, welches der Schreiber in der Gewalt hat, des Vaters, in dessen Gewalt er steht, und des Geschwisters, welches mit ihm in der Gewalt desselben Vaters steht — weil in diesen Fällen nach klassischem Rechte bei Gültigkeit der Verfügung die gleiche Wirkung eingetreten wäre, als wenn die Verfügung zu Gunsten des Schreibers selbst gelautet hätte. L. 14 pr. l. 10 pr. D. eod. Da der bezeichnete Grund für das heutige Recht nicht mehr wahr ist, so gilt auch der darans hergeleitete Satz nicht mehr; in dem zuerst bezeichneten Fall erwirbt das Kind das Hinterlassene als pec. adventicium extraordinarium. Vgl. l. 11 pr. D. eod.; l. 14 §. 2 l. 17 eod., l. 5 D. de his quae pro non scr. 34 8. — Das SC. Libonianum gilt auch für Soldatentestamente, l. 15 §. 3 D. de test. mil. 29. 1. — Anwendbarkeit desselben auf gerichtliche Testamente: Seuff. Arch. I. 255, XI. 54, XVII. 260.

[5] L. 1 §. 8 l. 14 pr. l. 15 §. 1. 2. 3 D. de lege Corn. de falsis 48. 10, l. 2. 6 C. tit. cit. 9. 23. Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 18.

[6] L. 1 C. tit. cit. 9. 23, vgl. l. 6. §. 3 l. 14 §. 2 D. de lege Corn. de falsis 48. 10.

[7] So verfügten die Söhne Constantins im Jahre 339. L. 15 C. qui test. 6. 23. Vorher waren für die Erbeseinsetzung verba imperativa nothwendig. Gai. II. 117, Ulp. XXI. Gebrauch der griechischen Sprache: l. 21 §. 4 C. eod, vgl. Nov. Theod. II. tit. XVI §. 8 (— „quoniam Graece iam testari concessum est"). Glück XXXIV S. 399 fg.

Gebrauch des Wortes „Erbe" nicht erforderlich, wie umgekehrt aus dem Gebrauch dieses Wortes nicht mit Nothwendigkeit folgt, daß wirklich eine Erbeseinsetzung, und nicht ein Vermächtniß, gewollt sei[8]. Ebensowenig ist erforderlich, daß der einzusetzende Erbe mit Namen bezeichnet sei, wenn nur die angegebenen Merkmale über seine Person keinen Zweifel lassen[9]. Es kann auch die Person des Erben in einer besonders verschlossenen Urkunde bezeichnet werden[10]. Selbst durch die einer anderen Verfügung hinzugefügte Bedingung kann der Erbeseinsetzungswille seinen gehörigen Ausdruck finden[11].

4. Die Erklärung muß den wirklichen Willen des Erblassers

---

[8] Es darf nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß der Erblasser die Worte „Erbe", „Vermächtniß", „vermachen" in ihrem technisch-juristischen Sinne verstanden habe. Selbst bei den Römern die es mit dem Ausdrucke „heres" strenge nahmen, war dieser Ausdruck nicht schlechthin entscheidend. L. 13 §. 1 D. de iure cod. 29. 7; s. andererseits l. 1 §. 5. 6 D. h. t. Vgl. Mühlenbruch S. 232 fg., Neuner heredis institutio ex re certa S. 536 fg., Sintenis III S. 393. 394, Unger §. 8 Anm. 2. 4. Seuff. Arch. XIII. 153, vgl. VIII. 157. Vgl. §. 552 Note 8, §. 553 Note 3. 17.

[9] L. 9 §. 8. 9 D. h. t. S. auch l. 48 §. 1 l. 58 §. 1 eod., und vgl. l. 34 pr. D. de cond. 35. 1.

[10] S. g. testamentum mysticum. L. 77 D. h. t., l. 10 D. de cond. inst. 28. 7. Seuff. Arch. XI. 55. 57. Ob dieß auch beim mündlichen Testament zulässig sei, ist sehr bestritten. Dagegen u. A. Glück XXXV S. 14 fg., Sintenis III §. 171 Anm. 40; dafür u. A. Arndts RLex. a. a. O. S. 919 Anm. 77, Fein Forts. von Glück XLV Seite 125 Note 94, Holzschuher II §. 162; weitere Literatur bei diesem und bei Mühlenbruch. Mir scheint entscheidend zu sein, daß auch beim schriftlichen Testament die den Namen des Erben enthaltende Urkunde von den Zeugen nicht mitunterschrieben und besiegelt zu werden braucht, also den Feierlichkeiten des Testaments nicht mitunterworfen ist. [Vgl. nach §. 633 Note 1 a. E. 16.]

[11] Z. B. „Ich setze meinen Freund Titius zum Erben ein, aber nur unter der Bedingung, daß mein Freund Sejus nicht Lust haben sollte, meine Erbschaft zu nehmen". Oder: „Ich setze meinen Freund Titius zum Erben ein; sollte er vor mir und zwar ohne Hinterlassung von Kindern sterben, so soll Sempronius mein Erbe sein". — Anders die herrschende Meinung (positus in condicione non est positus in dispositione), Mühlenbruch XL S. 234 fg., Arndts RLex. III S. 918 Anm. 75, Sintenis III §. 172 Anm. 4, Unger §. 14 Anm. 2, vgl. auch Seuff. Arch. XVIII. 152; dagegen Vangerow II §. 449 Anm. 1, Köppen System des heutigen römischen Erbrechts im Grundriß (Würzburg 1867) S. 31; Seuff. Arch. XIX. 165, [XXIII. 150]. Nach klassischem römischen Rechte freilich war eine stillschweigende Erbesein-

enthalten, und so ist namentlich die Erbeseinsetzung nichtig, welche in Folge eines Irrthums dem wirklichen Willen nicht entspricht[12].

5. Die Erklärung muß endlich den vollständigen Willens des Erblassers enthalten; ist dieß nicht der Fall, so gilt auch der wirklich erklärte Theil des Willens nicht[13].

β. Erfordernisse des Willens.

aa. **Bestimmtheit des Willens.**

§. 547.

Der Erbeseinsetzungswille muß die gehörige Bestimmtheit haben[1]. Aus diesem Grunde ist ungültig:

---

setzung dieser Art unmöglich (s. l. 19 D. h. t., l. 16 de vulg. 28. 6 — in l. 85 D. h. t. werden die in der Bedingung Bezeichneten als Intestaterben gedacht —); aber es handelt sich darum, ob dieß nicht durch l. 15 C. de test. (Note 7) geändert worden ist, und diese Frage, glaube ich, darf nicht verneint werden. Ebenso unrichtig freilich wäre es, wenn man umgekehrt schlechthin behaupten wollte: positus in condicione est positus in dispositione. Mühlenbruch S. 235. 236. — In gleicher Weise kann auch in einer bedingten Enterbung eine Erbeseinsetzung liegen. Vgl. §. 589 Note 3.

[12] L. 3 D. de reb. dub. 34. 5. L. 9 pr. D. h. t. „Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans . . . placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque enim quem voluit, quoniam scriptus non est“. Ebenso gilt, wenn dem Erben irrthümlicherweise ein größerer Antheil zugeschrieben wird, als beabsichtigt ist, die Verfügung nur für den wirklich gewollten Antheil, für diesen aber auch wirklich, „quoniam inest quadrans in semisse“, l. 9 §. 3 D. h. t. Für den umgekehrten Fall, wo Mehr gewollt als geschrieben ist, wird in l. 9 §. 2 D. h. t. die auffallende Entscheidung gegeben, daß die Verfügung für den gewollten größeren Theil zu Recht bestehen solle. Vgl. auch l. 7 C. de test. 6. 23. Mühlenbruch XXXVIII S. 440, Vangerow II §. 433 Anm. 1 Nr. I. 3 a. E., Keller Instit. S. 379. 380.

[13] L. 25 D. qui test. 28. 1. „Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum lib. I. Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego nec servium puto aliud sensisse“. Mühlenbruch XXXVIII S. 415 fg. Ebenso ist die Erbeseinsetzung nichtig, wenn der Erblasser eine Bedingung nicht hinzugefügt hat, die in seinem Willen lag: l. 9 §. 5. 6 D. h. t. Anders, wenn eine bei der Erbeseinsetzung vorbehaltene Bedingung sich im Testamente nicht vorfindet: l. 8 C. de inst. et subst. 5. 25. Mühlenbruch a. a. O. S. 422 fg., Vangerow II §. 433 Anm. 1 Nr. I. 4, Sin-

1. die Einsetzung eines von einem Dritten zu Bestimmenden[2]; es müßte denn zugleich der Kreis der Personen bezeichnet sein, aus welchem der Dritte die Auswahl treffen soll[3].

---

tenis III §. 171 Anm. 46, Unger §. 13 Anmerk. 7; Sarwey Arch. f. civ. Pr. XIX. 5.

[1] Ulp. XXII. 4: — „certum consilium debet esse testantis". §. 547.

[2] L. 32 pr. D. de her. inst. 28. 5. „Illa institutio *quos Titius voluerit* ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est. Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere". Das ältere Recht ging viel weiter und erklärte für ungültig die Erbeseinsetzung einer jeden incerta persona, „quam per incertam opinionem animo suo testator subicit". Aus diesem Grunde war im älteren Recht ungültig die Einsetzung: a) eines durch ein künftiges Ereigniß zu Bestimmenden, z. B. des künftigen Ehemannes der Tochter; b) eines zur Zeit der Einsetzung noch Ungebornen (postumus); c) einer juristischen Person. Ulp. XXII. 4—6. 19, Gai. II. 238—242. In Betreff des postumus suus half aber bereits das Civilrecht, in Betreff des postumus alienus das prätorische Edict (pr. I. de B. P. 3. 9); in Betreff der juristischen Person s. §. 535 Note 2; auch den ersten Fall der Ungültigkeit hat Justinian beseitigt in einer griechischen, unvollständig restituirten Constitution (s. g. constitutio de incertis personis, vgl. l. un. C. de incert. pers. 6. 48), welche er erwähnt und bestätigt in §. 27 I. de leg. 2. 20. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 351 fg., Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 10, Heimbach das. N. F. V. 1, Schmidt formelles Recht der Notherben S. 25 fg., Vangerow II §. 429 Anm. 3, [Arndts Forts. von Glück XLVI S. 398 fg.]. Seuff. Arch. XVII. 262.

[3] L. 24 D. de leg. II° 31, l. 7. §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. Diese Stellen beziehen sich zwar nur auf Fideicommisse; aber auch für Legate wurde eine sonst ungehörige Unbestimmtheit durch Hinzufügung einer certa demonstratio unschädlich gemacht (§. 25 I. de leg. II. 20), und der Schluß von den Legaten auf die Erbeseinsetzungen unterliegt gerade hier (s. l. 68 D. h. t., l. 52 D. de cond. 35. 1) keinerlei Bedenken. A. M. Arndts RLex. III S. 929 Anm. 88, Unger §. 15 Anm. 4. S. andererseits Mayer §. 19 Anm. 9, und vgl. auch Arndts Pand. §. 491 Anm. 5 a. E. — Deßwegen ist es auch zulässig, die Bestimmung der Antheile der eingesetzten Erben einem Dritten zu überlassen. — Ist aber das römische Recht nicht ganz beseitigt worden durch c. 13 X. de test. 3. 26? „In secunda quaestione dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus". Dawider mit Recht die herrschende Meinung und die Praxis. Die erwähnten Worte sind ein Stück aus einer Decretale, in welcher Innocenz III. nicht das römische Recht abändern wollte, sondern nur für Geistliche das ihnen damals zustehende, auf Herkommen beruhende Recht, in der bezeichneten Weise über ihren Nachlaß zu verfügen, anerkannte; die eigentliche Absicht des Papstes war, zu entscheiden, daß durch eine Verfügung dieser

2. Ebenso ist ungültig die Erbeseinsetzung, deren Wirksamkeit von dem nackten Willen eines Dritten abhängig gemacht ist[4]. Dagegen ist es nicht unzulässig, die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung von der Handlung eines Dritten abhängig zu machen, wenngleich die Vornahme oder Nichtvornahme dieser Handlung ganz in der Willkür des Dritten steht[5]; nicht unzulässig auch, die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung von dem vernünftigen Ermessen eines Dritten abhängig zu machen[6], vorausgesetzt daß es wirklich die Meinung des Testators gewesen ist, daß die von dem Dritten gemachte Entscheidung wegen Unvernünftigkeit solle angefochten und aufgehoben werden können[7].

3. Eine disjunctive Einsetzung Mehrerer wird dadurch aufrecht erhalten, daß sie als conjunctive Aller gedeutet wird[8].

4. Dagegen ist ungültig wegen Mangels der Bestimmtheit des Willens auch diejenige Erbeseinsetzung, bei welcher der Erblasser nicht gewiß über seine Fähigkeit zur Errichtung eines Testamentes ist[9].

Art das Recht des Bischofs, den Nachlaß eines ohne Testament gestorbenen Geistlichen seiner Diöcese einzuziehen, ausgeschlossen werde. S. namentlich Glück XXXIII S. 477 fg., XXXIV S. 1 fg. Vangerow II §. 432 Anm. Nr. 4; Holzschuher II §. 147 Nr. 6. [Vgl. auch §. 633 Note 20.]

[4] „Si Titius voluerit, Sempronius heres esto". L. 68 D. h. t., vgl. l. 52 D. de cond. 35. 1.

[5] L. 68 D. h. t., l. 23 §. 2 eod., vgl. l. 52 D. de cond. 35. 1.

[6] Auch dieß ist in den Quellen nur für Legate bezeugt (l. 75 pr. D. de leg. I° 30, l. 1 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 11 §. 7 D. de leg. III° 32), nicht für Erbeseinsetzungen, aber s. Note 3. Vgl. Sintenis III §. 171 Anm. 7.

[7] Vgl. l. 30 pr. D. de op. lib. 38. 1, l. 22 i. f. D. de manum test. 40. 4, l. 41 §. 4 D. de fideic. lib. 40 5; l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[8] Das „oder" wird in ein „und" verwandelt. So Justinian l. 4 C. de V. S. 6. 38 in Entscheidung einer alten Controverse („Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsae principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur"). Uebrigens ist diese Auslegung nur Nothbehelf für den Fall, daß eine andere ausführbare Willensmeinung des Erblassers nicht ersichtlich sein sollte. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 150.

[9] „— nec testari potest, qui an liceat sibi testari dubitat", l. 1 pr. D. de leg. III° 32. S. noch l. 14. 15 D. qui test. 28. 1. Fein Forts. von Glück XXXXIV S. 34 fg.

bb. Einfluß der Motive des Willens.

§. 548.

1. Ungültig ist die erzwungene Erbeseinsetzung[1], genauer die Erbeseinsetzung, zu welcher der Erblasser durch Drohungen bestimmt worden ist (vgl. I §. 80). Die Ungültigkeit der erzwungenen Erbeseinsetzung ist aber nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit[2]. Das Anfechtungsrecht steht zu dem durch die Erbeseinsetzung

---

[1] Dig. 29. 6 Cod. 6. 34 si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit. §. 548.

[2] Von der erzwungenen Erbeseinsetzung handelt nur eine einzige Stelle der Quellen, die l. 1 C. h. t., und diese sagt bloß, daß gegen die erzwungene Erbeseinsetzung „civilis disceptatio" zulässig sei, ohne über den Inhalt dieser civilis disceptatio irgend welche Andeutung zu machen. So ist nicht zu verwundern daß darüber viel Streit ist. Drei Meinungen stehen sich gegenüber: 1) die erzwungene Erbeseinsetzung sei nichtig; 2) sie sei anfechtbar; 3) sie sei weder das Eine, noch das Andere, sondern es werde dem Zwingenden die Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit genommen, und dieselbe falle daher an den Fiscus. Von diesen Meinungen ist die herrschende die erste; für dieselbe namentlich Glück XXXIII S. 426 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 485 fg., Arndts §. 491 Anm. 2, Schliemann Lehre vom Zwange S. 80 fg., Kramer de leer van den psychischen dwang p. 86 sqq. Die dritte Meinung wird heutzutage noch vertheidigt z. B. von Roßhirt testament. Erbrecht I S. 262 fg., Heimbach im RLex. X S. 918 fg. Die zweite ist erst in der neueren Zeit aufgestellt worden; für dieselbe namentlich Vangerow II §. 431 Anm. 1 Nr. 2 (seit der 6. Aufl.), Sintenis III §. 171 Anm. 53[b] (seit der 2. Aufl.), Puchta §. 472. c, Seuffert §. 534 Note 4, Keller §. 492 Nr. III. A. Für die Erbunwürdigkeit wird als Hauptgrund geltend gemacht die Analogie Dessen, was für den Fall einer zwangsweisen Verhinderung einer Erbeseinsetzung gilt, obgleich das Verhältniß hier doch ein ganz anderes ist (s. Note 9). Für die absolute Nichtigktit beruft man sich auf l. 2 §. 7 D. de B. p. s. t. 37. 11, welche aber nicht von dem Fall handelt, wo dem heres scriptus der eigentliche, sondern von dem, wo ihm der wirkliche Wille des Erblassers fehlt, und auf einen offenbar nicht durchgreifenden Schluß aus l. 20 §. 10 D. qui test. 28. 1, in welcher das erzwungene Testamentszeugniß für nichtig erklärt wird. Für die Anfechtbarkeit spricht die Analogie der sonstigen rechtlichen Behandlung des Zwanges (I §. 80), welche Analogie man ohne Noth nicht verlassen soll, und es spricht gewiß nicht dawider ein Grund, der namentlich von Schliemann und Kramer betont wird, daß eine Anfechtung hier weder in der Person des Urhebers der erzwungenen Erbeseinsetzung noch seiner Erben Sinn habe: die Anfechtung steht in diesem Falle wie in jedem anderen demjenigen zu, welcher durch die erzwungene Handlung beeinträchtigt wurden ist. Von der andern Seite bin aber auch ich sehr zweifelhaft, ob es das Richtige ist, die erzwungene Erbeseinsetzung ohne Weiteres unter die Grundsätze von der

Ausgeschlossenen, also dem Intestaterben bez. dem freiwillig Eingesetzten; was der Zwingende selbst ohne die erzwungene Erbeseinsetzung erhalten haben würde[3], wird ihm wegen Erbunwürdigkeit genommen und fällt an den Fiscus[4]. Durch hinterherige Genehmigung wird die Ungültigkeit der erzwungenen Erbeseinsetzung geheilt[5]. Zureden, auch ungestümes, ist nicht Zwang[6]. — Zwangsweise oder sonst absichtliche[7] Verhinderung einer Erbeseinsetzung bewirkt, daß der Verhindernde dasjenige, was er in Folge der Verhinderung erhält[8], als erbunwürdig an den Fiscus verliert[9].

---

actio quod metus causa und der in integrum restitutio propter metum zu stellen; es muß stutzig machen, daß die Quellen von einer solchen Erstreckung der bezeichneten Rechtsmittel keine Spur enthalten, während l. 20 D. de V. S. 50. 16, deren ursprünglicher Zusammenhang freilich dunkel bleibt, dagegen spricht. Viel mehr im Sinne des römischen Rechts scheint es mir zu sein, die Anfechtbarkeit der erzwungenen Erbeseinsetzung unabhängig von den Vorschriften des prätorischen Edicts aus dem allgemeinen Satz herzuleiten, daß eine letztwillige Verfügung, welche zwar den wirklichen Willen des Erblassers enthält, aber mit seinem eigentlichen Willen in Widerspruch steht, von dem durch die Verfügung Ausgeschlossenen angefochten werden kann, einem Satze, welchen das römische Recht namentlich auch in der Lehre vom Irrthum und der Voraussetzung verwerthet hat (s. in diesem §. Num. 2). Vgl. l. 4 §. 10 D. de doli exc. 44. 4. „Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, per exceptionem doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur". Hiernach wäre also im Besonderen zu behaupten, daß der Zwang bei der Erbeseinsetzung nicht gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden könne (gegen den Eingesetzten selbst dagegen auch der Zwang durch einen Dritten).

[3] Er ist selbst Intestaterbe oder eingesetzter Erbe, er hat sich aber durch den Zwang einen größeren Erbtheil verschaffen wollen, oder Befreiung von Vermächtnissen, oder er hat den Zwang zu Gunsten eines Dritten geübt.

[4] Dieß ist zwar bestritten (dagegen Glück XXXIII S. 432. 423, dafür Vangerow Nr. 2 a. E., Kramer a. a. O. p. 281); aber es folgt aus Note 9 lit. a. — In gleicher Weise muß der Fiscus eintreten, wenn es an einem Intestaterben oder eingesetzten Erben ganz fehlt.

[5] Anders müßen natürlich diejenigen entscheiden, welche absolute Nichtigkeit annehmen; sie müssen ein neues Testament verlangen. So thun wirklich Mühlenbruch XLIII S. 490. 491, Schliemann a. a. O. S. 140. 141.

[6] L. 3 C. h. t., vgl. l. 3 D. h. t. S. aber auch Glück XXXIII S. 433. 434, auch Holzschuher II §. 144 Note 4. Vgl. noch Seuff. Arch. V. 195.

[7] Z. B. durch Abhaltung eines Zeugen, l. 1 pr. l. 2 pr. D. h. t., l. 3 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1

2. Irrthum im Beweggrund macht an und für sich die Erbeseinsetzung nicht ungültig, nicht einmal wenn der irrige Beweggrund in der Erbeseinsetzung ausgedrückt worden ist[10]. Anders dann, wenn der irrige Beweggrund nicht bloße Veranlassung, sondern eigentlicher Bestimmungsgrund war[11], d. h. wenn es sicher ist, daß ohne den Irrthum die Erbeseinsetzung nicht gemacht worden sein würde, oder mit anderen Worten, wenn der Beweggrund

---

[8] Als Intestaterbe oder eingesetzter Erbe oder auch als Vermächtnißnehmer.

[9] L. 1 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 19 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 3 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1. — Hierüber ist des Näheren Folgendes zu bemerken. a) Dritten Unschuldigen gereicht die Verhinderung nicht zum Nachtheil: l. 2 §. 1 l. 1 §. 1 i. f. D. h. t., s. aber auch l. 1 §. 1 in pr. D. h. t. Hieraus folgt, daß der Grund, weßwegen dem Verhindernden genommen wird, nicht der ist, daß er den eigentlichen Willen des Erblassers nicht für sich hat, sondern seine Rechtswidrigkeit als solche. Das römische Recht hat offenbar in Betracht gezogen, daß die Willenserklärung, auf welche der Mangel des eigentlichen Willens gegründet werden müßte, nur eine beabsichtigte war, jedenfalls eine unvollendete geblieben ist — in welcher Beziehung namentlich auch l. 22 D. de adim. 34. 4 zu vergleichen ist. b) Hierin liegt auch der Grund, weßwegen ein Erbschaftsanspruch desjenigen, welchen der Erblasser zum Erben hat einsetzen wollen (desjenigen, welcher ohne den Zwang die Erbschaft erhalten haben würde), nicht anerkannt ist. Es ist, nimmt das römische Recht an, eben ein Unterschied zwischen demjenigen, welcher als Erbe nur hat bezeichnet werden sollen, und demjenigen, welcher als Erbe, durch das Gesetz oder den Erblasser, bereits bezeichnet ist. Eine andere Frage ist es, ob nicht wegen Verkümmerung der Aussicht auf Bezeichnung zum Erben ein Entschädigungsanspruch (actio doli) begründet sei, und diese Frage darf allerdings wohl nicht verneint werden. Vangerow II §. 431 Anm. 1 Nr. 1, Mühlenbruch Fortſ. von Glück XLIII S. 484. c) Der Fiscus erhält das an ihn Fallende mit den darauf liegenden Vermächtnissen, l. 2 §. 2 D. h. t., l. 3 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1. L. 19 D. de his quae ut int. 34. 9 ist von dem Falle zu verstehen, wo es in der Absicht des Erblassers lag, auch die Vermächtnisse zurückzunehmen. Vangerow a. a. O., Mühlenbruch a. a. O. S. 480 fg.

[10] Falsa causa non nocet, ein Satz, welcher zwar in den Quellen nur für Legate ausgesprochen ist (§. 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 §. 2 l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1), aber wenn er für Legate gilt, um so wahrer für Erbeseinsetzungen ist.

[11] Die in der Note 10 citirte l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1. lautet: „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si (wenn nämlich) probetur alias legaturus non fuisse“. S. auch l. 4 §. 10 D. de dol. exc. 44. 4 (Note 2 a. E.).

zur Voraussetzung erhoben worden ist[12]. Zwar ist auch in diesem Falle die Erbeseinsetzung immer noch nicht nichtig; wohl aber kann sie von demjenigen angefochten werden, welcher ohne die Erbeseinsetzung die Erbschaft erhalten haben würde[13]. Ein solcher Irrthum kann zum Gegenstand eine Eigenschaft der eingesetzten Person haben[14], oder eine sonstige Thatsache[15]. Uebrigens hat das römische Recht diese Wirkung des Irrthums der Erbeseinsetzung gegenüber nur zögernd und allmälig anerkannt[16]. —

---

[12] S. I §. 78. 98. Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 36 fg. 69. 76 fg., Unger §. 13 Note 3. — Vgl. ferner Weil Zeitsch. f. Civ. u. Pr. XX. 3, Vangerow II §. 431 Anm. 2.

[13] S. die Stellen der beiden folgenden Noten.

[14] Z. B. der Erblasser hält den Eingesetzten irrigerweise für sein Kind oder seinen Bruder. L. 7 C. de her. inst. 6. 24. „Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praeses provinciae curae habebit". L. 1 §. 11 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4 C. de her. inst. 6. 24. Vgl. l. 14 §. 2 l. 15 D. de lib. et post. 28. 2; l. 27. D. de usu et usufr. 33. 2, l. 88 D. de leg. I° 30. — Ist aber die dem Eingesetzten beigelegte Eigenschaft Voraussetzung der Einsetzung nicht, so macht die irrige Annahme der Eigenschaft die Einsetzung selbst dann nicht ungültig, wenn die Eigenschaft bei der Einsetzung ausdrücklich ausgesprochen worden ist — falsa demonstratio non nocet. L. 33 pr. D. de cond. 35. 1. „Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel sororem vel nepotem vel quodlibet aliud; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est". L. 48 §. 3 D. h. t. 28. 5.

[15] Z. B. der Erblasser nimmt irrigerweise an, sein Intestaterbe oder der von ihm in einem früheren Testamente Eingesetzte sei gestorben. L. 28 D. de inoff. 5. 2, l. 92 D. h. t.

[16] Dieß tritt hervor in folgenden Thatsachen. a) Kaiser Tiberius entschied einen Fall, in welchem ein Erblasser einen Sclaven in der irrigen Meinung, er sei ein Freier eingesetzt und ihm einen andern substituirt hatte, dahin, daß die Erbschaft zwischen dem Herrn des Sclaven und dem Substituirten zu theilen sei, §. 4 I. de vulg. 2. 15, l. 40. 41 D. h. t. Diese Entscheidung beruht darauf, daß zwar bei der Auslegung der Bedingung der Substitution (si Stichus heres non erit) der eigentliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wurde, nicht dagegen bei der Auslegung der Erbeseinsetzung (Stichus heres esto). (Der Streit, welcher in Betreff der angeführten Stellen zwischen Huschke einerseits [Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. XII. 11. XV. 11. 12] und andererseits Arndts das. XIII. 12. XIX. 11, Vangerow Richter's Jahrb.

Nicht anders als der Irrthum an sich wirkt auch der durch Betrug hervorgerufene Irrthum, weßwegen von dem Betruge hier nicht besonders gehandelt zu werden braucht[17].

3. Wegen rechtlicher Mißbilligung des Beweggrundes ist ungültig die Erbeseinsetzung, welche nur als Mittel benützt wird, um eine gewünschte letztwillige Verfügung eines Andern hervorzurufen[18]; die Einsetzung des Regenten zur Chicane des Proceß-

---

1839 S. 571 fg., Mayer Erbrecht §. 21 Anm. 3 geführt worden ist, bezieht sich nicht auf diesen Punkt, sondern auf die Behandlung alternativer Bedingungen: vgl. Vangerow II §. 434 a. E.) b) In den Fällen der in der vorigen Note citirten Stellen entschieden die Kaiser Hadrian und Severus und Caracalla, daß zwar die durch Irrthum hervorgerufene Erbeseinsetzung zu beseitigen sei, daß aber die ihr hinzugefügten Vermächtnisse auch von den neu eintretenden Erben entrichtet werden müßten. Vgl. auch l. 3 C. de inoff. test. 3. 28. c) Endlich hat auch die Auffassung Ausdruck gefunden, daß allerdings der irrthümlich zum Erben Eingesetzte die Erbschaft nicht haben dürfe, daß sie aber auch nicht an den durch ihn Ausgeschlossenen falle, vielmehr vom Fiscus einzuziehen sei. L. 46 pr. D. de I. F. 49, 14, womit zu vergleichen ist l. 1 §. 11 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 C. h. t. 6. 24. — Mir scheint, daß wir es hier, wie so oft, mit einer allmäligen Entwicklung des römischen Rechts zu thun haben, deren letztes Wort nicht zweifelhaft sein kann. S. auch Vangerow a. a. O., Puchta §. 472. e, Arndts §. 491 Anm. 1, Unger §. 13 Anm. 3, Vering S. 301, während Savigny System III S. 377, Sintenis III §. 171 Anm. 60 nicht über die einzelnen Quellenentscheidungen hinausgehen wollen, s. auch Brinz S. 766. Nach dieser letzten Ansicht ist erkannt bei Seuff. Arch. XI. 58.

[17] Vgl. Vangerow II §. 432 Anm. 3.

[18] Die s. g. captatorische Erbeseinsetzung. L. 70 D. h. t. „Captatorias scripturas non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis“. Vgl. l. 71 l. 81 §. 1 eod., l. 1 D. de his quae pro non scr. 34. 8. Die Vorschrift gilt auch für Soldatentestamente, l. 11 C. de test. mil. 6. 21. Ob die Absicht war, den Eingesetzten selbst oder einen Andern zu einer letztwilligen Verfügung zu bewegen, ist gleichgültig; vgl. l. 71 §. 1 D. h. t. S. überhaupt: W. Sell Versuche II S. 295 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 206 fg., Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. II. 4. Gegen die Behauptung, daß auch die captirte Verfügung nichtig oder doch zu Gunsten des Fiscus unwirksam sei (Mühlenbruch a. a. O. S. 221 fg.) s. Thibaut Versuche I. 6, Vangerow a. a. O., Holzschuher II §. 147 Nr. 5 und die von Diesen Citirten. — Im älteren römischen Recht war es auch unzulässig, die Erbeseinsetzung als Mittel zu benützen, um Jemanden zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen, d. h. eine ihn benachtheiligende Erbeseinsetzung unter der Bedingung des gegentheiligen Verhaltens zu machen, s. g. institutio poenae

gegners[19]; die Einsetzung eines mit einer Person, mit welcher die Ehe unmöglich ist, zu Erzeugenden[20].

cc. Fähigkeit des Eingesetzten*.

§. 549.

Die Erbeseinsetzung kann endlich auch ungültig sein wegen eines Mangels in der Person des Eingesetzten. Ungültig ist: a) die Einsetzung eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht Existirenden[1], und b) die Einsetzung einer der oben §. 525 Num. 2 in der allgemeinen Lehre von der Erbunfähigkeit genannten Personen. Zu dem dort Gesagten ist hier noch Folgendes hinzuzufügen.

1. Was den Zeitpunkt angeht, auf welchen bei der Einsetzungsfähigkeit[1a] gesehen wird, so muß dieselbe vorhanden sein nicht bloß zur Zeit der Einsetzung, sondern auch zur Zeit des Berufungsfalles, und von da ununterbrochen bis zum Erwerbe[2].

---

nomine facta; dieß hat Justinian aufgehoben. Gai. II. 235. 243, Ulp. XXIV. 17; l. un. C. de his quae poenae nomine 6. |41, §. 36 I. de leg. 2. 20. Vgl. Sell a. a. O. S. 273 fg., Keller Instit. S. 368 fg., Vangerow II §. 434 Anm. Nr. II. 5.

[19] L. 91 D. h. t., §. 8 I. quib. mod. test. infirm. 2. 17; Paul. S. R. V. 12 §. 8. Mühlenbruch Fortsetz. v. Glück XXXIX S. 300 fg.

[20] L. 9 §. 1. 3. 4 D. de lib. et post. 28. 2, §. 28 I. de leg. 2. 20, vgl. l. 28 §. 3 D. de lib. et post. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 388 fg., Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 349 fg., Heimbach das. N. F. V S. 17 fg. Mühlenbruch erklärt für ungültig wegen Unsittlichkeit die Einsetzung eines jeden unehelich zu Erzeugenden; zustimmend Unger §. 14 Anm. 6, Arndts im RLex. III S. 913 (vgl. Pand. §. 491 Anm. 5), und, jedoch aus einem anderen Grunde, Heumann a. a. O.

§. 549. * Mühlenbruch Forts. v. Glück XXXIX S. 117 fg. Arndts RLex. III S. 908 fg. Mayer I §. 15—18, Schirmer §. 4, Köppen §. 5. Sintenis III §. 167 Nr. II, Vangerow II §. 429.

[1] S. §. 535 Note 5.

[1a] Dieser Ausdruck wird hier der Kürze zu Liebe gebraucht; eigentlich ist er ungenau. Genau genommen ist Einsetzungsfähigkeit nicht die Fähigkeit, eingesetzt zu werden, sondern die Fähigkeit einzusetzen.

[2] L. 49 §. 1 D. h. t., §. 4 I. de her. qual. 2. 19 (über die Worte: „in extraneis heredibus“ vgl. Mühlenbruch S. 123 fg., Schirmer Note 53). Unfähigkeit in der Zwischenzeit zwischen der Erbeseinsetzung und dem Eintritt des Berufungsfalles schadet nicht, s. außer den citirten Stellen noch

2. Was die Einsetzungsfähigkeit juristischer Personen angeht, so ist es eine Streitfrage, ob zum Erben auch eine durch den letzten Willen erst zu begründende juristische Person (Stiftung) eingesetzt werden könne[3]? Diese Frage, so ausgedrückt, ist zu verneinen; es kann nicht eine Person zum Erben eingesetzt werden, für deren Existenz die Erbeseinsetzung selbst Voraussetzung ist[4].

---

l. 6 §. 2 l. 59 §. 4 l. 50 pr. D. h. t. Der Berufungsfall tritt bei bedingter Erbeseinsetzung erst mit Erfüllung der Bedingung ein, so daß Unfähigkeit zur Zeit des Todes des Erblassers nicht schadet, s. die citirten Stellen. Mühlenbruch S. 128 fg., Köppen Note 56. Gegen die Meinung, daß bei bedingter Erbeseinsetzung auch Unfähigkeit zur Zeit der Einsetzung nicht schade, s. Arndts Rhein. Mus. V. S. 209 fg.. Mühlenbruch S. 138 fg. gegen die Meinung, daß ein zur Zeit der Erbeseinsetzung Unfähiger wenigstens unter der Bedingung, daß er fähig werden sollte, gültig zum Erben eingesetzt werden könne (Mühlenbruch S. 144 fg., Mayer §. 18 Note 1), welche Meinung auf l. 62 pr. D. h. t. gestützt wird, s. Arndts Rhein. Mus. V. S. 212 fg. u. RLex. S. 910, Vangerow II §. 429 Anm. 1 Nr. IV, Köppen S. 314. 321.

[3] Diese Frage ist mit großer Lebhaftigkeit verhandelt worden namentlich in Beziehung auf zwei in der Praxis vorgekommene Fälle, den Fall des Testaments des Kaufmanns Städel in Frankfurt a/M. vom Jahre 1815, und den Fall des Testaments des Landrentmeisters Blum in Hildesheim vom Jahre 1832. Aus dem, was über den ersten Fall veröffentlicht worden ist, sind hier hervorzuheben die Schriften von: Elvers (Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen, Göttingen 1827), welcher sich für, und von Mühlenbruch (Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle 1828), welcher sich gegen die Gültigkeit einer solchen Einsetzung erklärt hat; in Beziehung auf den zweiten Fall ist Northoff (die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weil. Landrentmeisters Blum zu Hildesheim, Göttingen 1833) für die Gültigkeit eingetreten. Gegen die Gültigkeit s. ferner die Ausführungen von Mühlenbruch in der Forts. von Glück XXXIX S. 451 fg. XL S. 1 fg., und aus der neueren Zeit: Sintenis III S. 353—355 (der in Allem Mühlenbruch folgt), Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 209 fg., Schirmer §. 4 S. 32.; für dieselbe Arndts RLex. III S. 915—916 [und Forts. v. Glück XLVI S. 413 fg.], Brinz S. 754 fg. 1069 fg., Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 140 fg., Unger §. 14 Note 8, s. auch Kierulff S. 150—152.

[4] In dem Städel'schen Testamente hieß es: „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städel'schen Kunstinstituts sein. Dieses Städel'sche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben in

Wohl aber kann durch letztwillige Verfügung, Erbeseinsetzung oder Vermächtniß, ein Vermögen mit der Bestimmung der Verwendung zu einem gewissen frommen oder gemeinnützigen Zweck ausgesetzt, und dadurch eine juristische Person geschaffen werden[5]. Und gerade eine solche Aussetzung beabsichtigt offenbar derjenige, welcher eine durch seinen letzten Willen zu begründende Stiftung zum Erben einsetzt, so daß seine Verfügung durch eine leichte, den wirklichen Willen zur Geltung bringende Umdeutung allerdings aufrecht erhalten werden kann.

3) In einem Soldatentestament können auch Einsetzungsunfähige gültig eingesetzt werden[6].

§. 550.

Von der Einsetzungsunfähigkeit ist zu unterscheiden eine andere Art testamentarischer Erbunfähigkeit[1], welche man heutzutage

---

meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen . . . hiermit ein".

[5] Das römische Recht erkannte Erbeseinsetzungen zu Gunsten „der Armen" und „der Gefangenen" an, mit der Wirkung, daß im letzteren Falle der Bischof des Wohnorts des Erblassers, im ersteren, wenn nicht ein bestimmtes Armenhaus gemeint sei, das Armenhaus des Wohnorts des Erblassers oder das ärmere unter den mehreren dort bestehenden Armenhäusern, in Ermangelung aber eines Armenhauses ebenfalls der Bischof die Erbschaft an sich nehmen und zu dem bestimmten Zwecke dem Kapitale oder den Einkünften nach verwenden solle. L. 24 l. 49 C. de ep. et cler. 1. 3, l. 3 l. 28 eod. (l. rest.), Nov. 131 c. 10. 11. Vgl. Seuff. Arch. XI. 9, XIV. 103 Note 2, XVIII. 4. Hiermit ist ein Princip anerkannt, welches wir auf andere heutzutage vorkommende Stiftungen, wenn auch ihr Zweck kein frommer, sondern nur ein gemeinnütziger ist, zu übertragen wohl berechtigt sind. A. M. freilich gerade in dieser letzten Beziehung Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 39 fg.; allein s. Brinz S. 1075. Seuff. Arch. I. 97, XVI. 232. Ueber die Frage, ob nicht staatliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit nöthig sei, s. I §. 60 Note 1. 2.

[6] D. h. sie können aus der Einsetzung Erben werden, wenn sie nur zur Zeit des Erwerbes fähig sind. L. 13 §. 2 D. de test. mil. 29. 1, l. 5 C. eod. 6. 21; l. 22 C. de haer. 1. 5. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 74 fg., [Arndts das. XLVI S. 384 fg.].

§. 550. [1] Dieselbe ist erst in der neueren Zeit der Einsetzungsfähigkeit gegenüber zur gebührenden Anerkennung gebracht worden. Müller über die Natur der Schenkung auf Todesfall S. 82 fg. (1827). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 120 fg. (1829). Hasse Rhein. Mus. III S. 411 fg.

Erwerbunfähigkeit oder Incapacität nennt[2]. Das Besondere dieser (bloßen) Erbunfähigkeit besteht darin, daß sie nur dann schadet, wenn sie zur Zeit des Erwerbes vorhanden ist[3], und nur dann, wenn

---

(1829). Vangerow über die Latini Iuniani S. 112 fg. (1833). Mühlenbruch Forts. v. Glück XXXVIII S. 360 fg. XXXIX S. 117 fg. (1835. 1836). Arndts RLex. III S. 908 fg. (1841). Mayer §. 15. 17. 18, Vering S. 275 fg., Schirmer S. 41 fg., Köppen S. 298 fg. Vangerow II §. 429 Anm. 1, Sintenis III §. 167 Anm. 15, Brinz §. 205.

[2] Der Ausdruck Erwerbunfähigkeit empfiehlt sich insofern, als in der That der leitende Gedanke der hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nicht sowohl der ist, daß die zu Jemandes Gunsten getroffene Verfügung nicht zu Recht bestehe, als vielmehr der, daß an Jemanden durch letztwillige Zuwendung aus einem bestimmten andern Vermögen nichts oder nicht Mehr als ein gewisser Theil gelangen solle. Der bezeichnete Ausdruck empfiehlt sich aber insofern nicht, als er die Vorstellung zu erwecken geeignet ist, daß in diesen Fällen der Eingesetzte bloß deßwegen nichts erhalte, weil seine Erwerbhandlung ungültig sei, während ihm die Erbschaft angefallen sei wie einem Fähigen. Und dieß ist in der That die herrschende Auffassung. Aber mit Recht, wie mir scheint, hat sich gegen dieselbe Köppen S. 301. 302 erklärt. Es ist kein gesunder Gedanke, daß das Recht Jemanden Etwas anbieten sollte und hinzufügen: aber du bist nicht fähig es zu nehmen. Wenn das Recht nicht haben will, daß Jemand Etwas erhalte, so wird es ihm dasselbe gar nicht anbieten. — Die Quellen bezeichnen diese s. g. Erwerbunfähigkeit zwar vorzugsweise mit Anwendung der Ausdrücke capere, capax, capacitas; so aber, daß diese Ausdrücke ohne Anstand auch auf die Einsetzungsunfähigkeit bezogen werden (s. z. B. Gai. I. 25. II. 110, §. 4 I. de her. qual. 2. 19, l. 73 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 1 C. h. t. 6. 24), sowie umgekehrt bei Ulp. XVI. 1 die Erwerbfähigkeit als libera testamenti factio bezeichnet wird.

[3] L. 52 D. de leg. II° 31, l. 11 D. de vulg. 28. 6, l. 82 D. de A. v. O. H. 29. 2. Der Erwerb brauchte nach römischem Rechte nicht immer sofort mit dem Anfall der Erbschaft zu erfolgen; in gewissen Fällen kam dem Eingesetzten eine gesetzliche Frist zu Gute. Ulp. XVII. 1. XXII. 3, fragm. de I. F. §. 3. Auch der Erblasser kann dem Eingesetzten eine solche Frist gewähren; ja er kann geradezu auf die Zeit erlangter Fähigkeit einsetzen, l. 62 pr. D. h. t. S. aber auch Note 9 a. E. — Uebrigens ist dieser Unterschied zwischen der bloßen testamentarischen Erb- und der Einsetzungsfähigkeit praktisch heutzutage von unendlich geringerer Bedeutung als er im römischem Rechte war. Damit er sich geltend mache, wird vorausgesetzt, das Jemand zur Zeit des Erwerbes einsetzungsfähig sei, der es in einem früheren Zeitpunkt nicht war. Ein solcher Wechsel war bei den Römern leicht möglich in Beziehung auf die Zustände der Freiheit und Civität, während er heutzutage nur noch in der Weise vorkommen kann, daß eine eingesetzte Corporation erst nach der Einsetzung das Privilegium der Erbfähigkeit erlangt, oder daß Personen, welche

im gegebenen Falle der Eingesetzte durch den Antritt der Erbschaft wirklich Etwas gewinnt[4]; ferner daß für das wegen ihrer nicht Erworbene nicht durchweg die gleichen Grundsätze gelten, wie für das wegen Einsetzungsunfähigkeit nicht Erworbene[5]. Die Fälle aber, in welchen diese Art der Erbunfähigkeit im römischen Rechte Anwendung fand, sind bereits im Justinianischen Recht dem früheren römischen Recht gegenüber sehr gemindert[6], und auch von den im Justinianischen Recht übrig gebliebenen[7] steht heutzutage in unbestrittener praktischer Geltung nur noch Einer: der Ehegatte kann durch letztwillige Verfügung seines Ehegatten, welcher früher in anderer Ehe verheirathet war, nicht Mehr erhalten, als das wenigstbekommende Kind der ersten Ehe erhält[8]. Außerdem ist aber noch der Satz hierher zu stellen, daß Jemand welcher rechtmäßige Descendenten hinterläßt, seinen unehelichen Kindern und ihrer Mutter zusammen nicht mehr als $^1/_{12}$, der

---

in einer incestuosen Ehe leben, hinterher die nöthige Dispensation ertheilt wird. Vgl. Köppen S. 303. 314—315.

[4] Also nicht z. B. wenn die Erbschaft überschuldet ist, oder wenn er das ihm Zugewendete einem Andern herausgeben soll. L. 72 D. h. t.; l. 42 D. de leg. II° 31, l. 28 D. de leg. III° 32.

[5] Dieser Unterschied ist zwar durch l. un. C. de cad. toll. 6. 51 sehr eingeengt, aber nicht ganz beseitigt worden. Vgl. Köppen Note 30.

[6] Die incapacitas ist eingeführt worden durch die lex Iulia und Papia Poppaea für die coelibes und die orbi, und durch die lex Iunia Norbana für die Latini Iuniani, und dieß sind immer ihre Haupt- und eigentlichen Anwendungsfälle geblieben. Im Justinianischen Recht gelten dieselben bekanntlich nicht mehr. Cod. 8. 58 de infirmandis poenis orbitatis coelibatus et de decimariis sublatis; l. un. C. de Latina libertate tollenda 7. 6. Mühlenbruch S. 180 fg.

[7] Außer den im Folgenden genannten sind es noch folgende zwei: 1) die Erbunfähigkeit der mulieres probrosae, beruhend auf einer Verfügung des K. Domitian, Suet. Domit. c. 8, l. 41 §. 1 D. de test. mil. 29. 1, l. 33 §. 3 C. de nupt. 5. 3. Mühlenbruch S. 264 fg., Vangerow a. a. O. Nr. III 3, Köppen S. 300. Gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung erklären sich Mühlenbruch S. 276, W. Sell in Sell's Jahrb. III S. 424 fg., Sintenis III §. 167 Anm. 15, Köppen S. 316. 2) Eine Frau, die innerhalb des Trauerjahres sich wieder verheirathet, kann dem neuen Ehegatten nicht Mehr als ein Drittel ihres Vermögens hinterlassen. S. über diese Bestimmung, auch was die heutige Geltung betrifft, II §. 512.

[8] S. II §. 511 Num. 3.

Mutter allein nicht mehr als $1/_{24}$ seiner Erbschaft zuwenden kann[9].

b. Inhalt der Erbeseinsetzung.

α. Einsetzung Mehrerer.

§. 551.

Der Inhalt der Erbeseinsetzung ist Berufung zur Nachfolge in das Vermögen als Ganzes (§. 528). Hierüber ist an diesem Orte Weiteres nicht zu bemerken, des Näheren dagegen von einigen besonderen Fällen zu handeln, von welchen der in der Ueberschrift dieses §. bezeichnete der erste ist.

1. Mehrere eingesetzte Erben gelten, wenn der Erblasser ihnen Theile nicht angewiesen hat, als berufen auf gleiche Theile[1], es müßte denn aus dem Zusammenhange der Einsetzung auf eine abweichende Willensmeinung des Erblassers geschlossen werden können. Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn der Erblasser

---

[9] Nov. 89 c. 12 §. 2. 3. c. 13, vgl. l. 2. 8 C. de nat. lib. 5. 27. Das zuviel Hinterlassene fällt an die rechtmäßigen Descendenten. Die Novelle spricht nur von liberi naturales, Concubinenkindern; ihre heutige Anwendbarkeit für diese, sowie ihre Ausdehnung auf uneheliche Kinder überhaupt ist sehr bestritten. Dafür Mayer §. 17 Anm. 6, Arndts RLex. III S. 917 und Lehrb. §. 492 Anm. 6, Puchta §. 471. d, Köppen S. 316—317; dagegen Mühlenbruch S. 328. 336 fg., Vangerow II §. 429 Anm. 2 Nr. 1, Sintenis III §. 167 Note 15. Die Praxis ist entschieden dafür, s. die Citate bei Mühlenbruch S. 337 und Seuff. Arch. X. 64; dawider hat das OAG. zu Celle im Jahre 1854 erkannt (Seuff. Arch. VIII. 68, XI. 262 [das gleiche Erkenntniß]). — Uebrigens nimmt Vangerow II §. 429 Anm. 2 z. A. in diesem, wie in dem Falle der Note 8, nicht Incapacität, sondern Einsetzungsunfähigkeit an; danach würde z. B. den unehelichen Kindern Legitimation nach dem Testamente nichts helfen. Dagegen Köppen §. 5 Note 27. — Dieser letztere Schriftsteller erklärt sich aber S. 322 für die bezeichneten beiden Fälle mit guten Gründen gegen die Zuläßigkeit einer Einsetzung auf den Fall, daß der Eingesetzte den Tod der ihm im Wege stehenden Personen überleben sollte (Einsetzung auf den Fall der Capacität, Note 3).

* Mühlenbruch Forts. v. Glück XL S. 109 fg. Arndts RLex. III S. 920 fg. Mayer §. 25. 26, Vering S. 309—321. Sintenis II. S. 395 fg., Vangerow §. 449 Anm. 2. 3, Unger §. 15. §. 551.

[1] L. 9 §. 12 D. h. t. „Heredes iuris successores sunt, et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quodsi non fiat, omnes aequaliter heredes sunt“. L. 35 pr. i. f. eod., §. 6 I. h. t.

einige der Erben zusammen genannt hat, in welchem Falle es sein vermuthlicher Wille ist, daß dieselben zusammen nur einen Theil erhalten sollen[2]; ferner dann, wenn der Erblasser seine Intestaterben als solche eingesetzt hat, in welchem Falle es als sein Wille anzusehen ist, daß dieselben auf ihre Intestaterbtheile berufen sein sollen[3].

2. Hat der Erblasser neben einem oder mehreren mit Theilbezeichnung Eingesetzten einen oder mehrere Andere ohne Theilbezeichnung eingesetzt, so ist dieß dahin auszulegen, daß die ohne Theilbezeichnung Eingesetzten den nicht vergebenen Theil des Ganzen erhalten sollen[4].

3. Ueber den Fall, wenn der Erblasser zwischen den mehreren Eingesetzten Weniger oder Mehr vertheilt hat, als das Ganze, s. den folgenden §.

β. Einsetzung auf Weniger als das Ganze oder auf Mehr als das Ganze.

§. 552.

1. Hat der Erblasser Weniger als das Ganze vergeben, so fällt der nicht vergebene Theil der Erbschaft dennoch an den eingesetzten Erben oder an die mehreren eingesetzten Erben[1], an die letzteren nach Verhältniß ihrer Einsetzungstheile[2]. Erhellt aber,

---

[2] L. 59 §. 2 D. h. t. „*Titius heres esto. Seius et Maevius heredes sunto.* Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur". L. 17 §. 4 eod., vgl. l. 13 pr. l. 66 eod., l. 11 C. de impuberum et aliis subst. 6. 26, auch l. 88 §. 6 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. VIII. 151, vgl. II. 201. Urtheil des OAG. zu Darmstadt vom 24. Mai 1850 im Arch. f. prakt. RW. III S. 479 fg. — Ausdrückliche Berufung Mehrerer auf einen und denselben Erbtheil: l. 15 pr. D. h. t., l. 142 D. de V. S 50. 17. Vgl. übrigens Arndts S. 926.

[3] Vangerow a. a. O. Anm. 3 Nr. II. 3.

[4] L. 17 pr. l. 77 l. 78 §. 2 D. h. t., §. 6 I. h. t.

§. 552. [1] §. 5 I. h. t. Er fällt nicht an die Intestaterben, wegen des Grundsatzes von der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung (§. 537); er fällt nicht an die in einem früheren Testament Eingesetzten, weil dasselbe durch die Existenz des zweiten aufgehoben ist (§. 565).

[2] Oder es wird, was die einfachere Rechnung ist, für die vom Erblasser vergebenen Bruchtheile, nachdem sie auf gleiche Nenner gebracht sind, durch Zusammenrechnung ihrer Zähler ein neuer Nenner gefunden. L. 13 §. 3 l. 78 §. 1 D. h. t., §. 5. 7 I. h. t.

daß der Erblasser den Willen gehabt hat, den oder die Eingesetzten auf die ihnen angewiesenen Theile zu beschränken[3], und zugleich, wer nach seinem Willen den nicht vergebenen Theil erhalten, soll[4], so wird dieser sein Wille indirect dadurch aufrecht erhalten, daß dem oder den Eingesetzten die Verpflichtung auferlegt wird, den nicht vergebenen Theil der Erbschaft als Vermächtniß an diejenige Person herauszugeben, welcher der Erblasser diesen Theil hat zuwenden wollen[5]; dieß ist möglicherweise der in einem früheren Testament Eingesetzte[6], möglicherweise der Intestaterbe[7]. Alles dieß aber

[3] Was keineswegs nothwendig ist; der Erblasser kann auch aus Versehen die von ihm vergebenen Theile falsch bezeichnet haben. Vgl. §. 5 I. cit. „Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias .... Non autem utique duodecim uncias esse oportet, nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit". L. 13 §. 1 D. h. t. L. 78 §. 1 D. h. t. „Lucio Titio ex duobus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus, assem in dodrantem esse divisum respondi, modum enim duarum partium ex quadrante declarari".

[4] Was ebenfalls nicht nothwendig ist. Namentlich darf man nicht ohne Weiteres annehmen, der Erblasser habe den nicht vergebenen Theil seines Nachlasses den Intestaterben lassen wollen; es ist auch möglich, daß er sich weitere Verfügung über denselben habe vorbehalten wollen.

[5] Zwar die Theorie des Legates schloß die Annahme eines stillschweigenden Vermächtnisses aus, nicht aber die des Fideicommisses. S. l. 17 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 114 §. 6 D. de leg. I° 30; l. 74 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1; l. 92. 93 D. de cond. 35. 1. [Vgl. §. 553 Note 6 fg., §. 554 Note 19, §. 651 Note 1 a. E.]

[6] Vgl. l. 29 ad SC. Treb. 36. 1, §. 3 I. quib. mod. test. infirm. 2. 17. Ausdrückliche Bestätigung des früheren Testamentes ist nicht erforderlich. So übereinstimmend, aber auf verschiedenen Wegen der Interpretation, Neuner die Heredis institutio ex certa re S. 76 fg., Fein Forts. v. Glück XLV S. 267 fg., s. auch Seuffert §. 548 Note 6, Arndts §. 502 Anm. 3 lit. e, Unger §. 24 Anm. 13; abweichend Vangerow II §. 460 Anm. Nr. II.

[7] Neuner a. a. O. S. 61 fg. will ein stillschweigendes Fideicommiß zu Gunsten der Intestaterben nicht anerkennen, indem er nämlich der Ansicht ist, in den Quellen werde die Annahme eines stillschweigenden Fideicommisses überhaupt an die Voraussetzung gebunden, daß der Honorirte „bei der Anordnung selbst genannt oder deutlich bezeichnet", oder „in einem andern Theil der letzten Willensordnung in anderer Beziehung genannt" sei. Aber in l. 69 pr. D. de leg. II° 31 wird in der bloßen, einer Erbeseinsetzung hinzugefügten Verfügung: „Peto, Luci Titi, contentus sis decem aureis" die Anordnung eines Fideicommisses gerade zu Gunsten der Intestaterben gefunden (was freilich Neuner leugnet, aber die Worte „cum quibus testator non est locutus" gehen offenbar auf die nicht eingesetzten, also die Intestaterben). Uebrigens ist

nur unter der Voraussetzung, daß darüber kein Zweifel ist, daß der Erblasser die auf Weniger als das Ganze Eingesetzten in der That zu Erben und nicht zu bloßen Vermächtnißnehmern hat machen wollen[8]. Und vorbehaltlich der Erbeseinsetzung in einem Soldatentestamente; diese wird nur soweit vollzogen, als sie reicht, und der durch die Erbeseinsetzung nicht vergebene Theil der Erbschaft fällt als Erbschaft an denjenigen, welcher ohne diese Erbeseinsetzung das Ganze erhalten haben würde[9].

2. Hat der Erblasser Mehr als das Ganze vergeben[10], so wird das zuviel Vergebene den eingesetzten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile abgezogen[11]. Nur in dem Falle, wo der Erblasser zuerst Einen auf das Ganze, darauf einen Andern auf einen Theil ernannt hat, ist im Zweifel als sein Wille anzusehen, daß der auf den Theil Ernannte den auf das Ganze Ernannten beschränken solle[12]. Sind bei Erschöpfung oder Ueberschreitung

---

Neuner selbst nicht geneigt, dasjenige, was er als Inhalt der Quellen lehrt, aus inneren Gründen zu vertheidigen.

[8] Daß einer solchen Auslegung für das heutige Recht der vom Erblasser gebrauchte Ausdruck „Erbe" keine Schwierigkeit machen darf, darüber s. §. 456 Note 8, §. 553 Note 3. 17, Neuner a. a. O. S. 543.

[9] §. 5 I. h. t., l. 37 D. de test. mil. 29. 1. S. auch §. 553 Note 13 fg.

[10] Wohin nicht bloß der Fall gehört, wenn der Erblasser alle Erben auf Bruchtheile, sondern auch der, wo er einen oder einige ausdrücklich auf das Ganze eingesetzt hat.

[11] Oder es wird auch hier (Note 3) aus den Zählern der vergebenen Bruchtheile für dieselben ein neuer Nenner gebildet. L. 13 §. 4—7 l. 15 §. 1 l. 47 §. 1 D. h. t., §. 7 I. h. t., s. auch l. 59 §. 1 D. h. t.

[12] So daß also in diesem Falle sich das gleiche Resultat ergibt, als wäre der Erste ohne alle Quantitätsbezeichnung zum Erben eingesetzt. So entschied Justinian in l. 23 pr. C. de leg. 6. 37. Freilich ist über die Auslegung dieser Stelle Streit; insbesondere hat Schrader civilist. Abhandlungen Nr. 4 (1816) auszuführen gesucht, die Entscheidung Justinian's beziehe sich eines Theils auf jeden Fall, wo mehr als das Ganze vergeben sei, setze aber andererseits voraus, daß die verschiedenen Verfügungen an verschiedenen Orten des Testaments gemacht seien. S. dagegen Arndts RLex. III S. 921, Mühlenbruch XL. S. 122 fg., Vangerow II §. 449 Anm. 3 Nr. I. B. 1. b, Sintenis III §. 172 Anm. 23, welche Schriftsteller aber ihrerseits wieder nicht vollständig mit einander übereinstimmen, wie denn Sintenis Justinian's Verfügung auch in dem Fall angewendet wissen will, wo der Erste auf das Ganze in Bruchtheilen (z. B. $^{12}/_{12}$) eingesetzt worden sei. — Wie aber, wenn der Erblasser hinter der ersten Einsetzung nicht Eine, sondern mehrere andere gemacht hat, und diese das Ganze erschöpfen oder überschreiten? In diesem

des Ganzen noch andere Erben ohne Theilbezeichnung eingesetzt, so gelten diese im Falle der Erschöpfung als auf ein zweites Ganze, im Falle der Ueberschreitung als auf ein zweites, drittes ꝛc. Ganze berufen, und danach wird die Reduction gemacht[13].

γ. Einsetzung auf bestimmte Vermögensstücke *.

§. 553.

Die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück oder auf bestimmte Vermögensstücke[1] leidet möglicherweise an demselben Fehler, wie die Erbeseinsetzung, durch welche nur ein Bruchtheil der Erbschaft vergeben ist[2]; jedenfalls aber enthält sie einen Widerspruch in sich selbst. Daher kann die in einer solchen Erbeseinsetzung enthaltene Verfügung nur dadurch aufrecht erhalten

---

Falle, an welchen Justinian offenbar nicht gedacht hat, ist ohne Zweifel wieder die Regel in Anwendung zu bringen. S. Mühlenbruch S. 132, Sintenis a. a. O. Anm. 24.

[3] L. 17 §. 2—5 l. 18 l. 20 §. 1 l. 53 l. 78 §. 2 l. 88 D. h. t., §. 6. 8. I. h. t.

* Vgl. über diese Lehre außer den bei §. 551 Genannten (Mühlenbruch XL S. 165 fg.): v. Löhr Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 3 (1849), Köppen System des heut. röm. Erbrechts im Grundriß (Würzburg 1867) S. 32—35, namentlich aber die Schrift von Neuner die Heredis institutio ex re certa (1853). [Th. Mommsen Zeitschr. f. RGesch. VII S. 313 fg. G. Padeletti die Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re. Berlin 1870. Darüber Windscheid krit. VJSchr. XII S. 476 fg.]

[1] S. g. heredis institutio ex re certa oder ex certa re. Näheres über den Begriff der res certa bei Neuner S. 528 fg. Einsetzung auf Vermögensstücke einer bestimmten Kategorie (z. B. bona paterna, materna, castrensia): l. 35. 78 pr. D. h. t., l. 17 §. 1 D. de test. mil. 29. 1. Einsetzung auf eine Geldsumme. Einsetzung auf den Nießbrauch des Vermögens: Neuner S. 548 fg., Vangerow §. 449 Anm. 2 a. E. unter A, Sintenis §. 172 Anm. 22, Seuff. Arch. XV. 141. — Ist auch die Erbeseinsetzung excepta re certa (l. 74 D. de her. inst. 28. 5, l. 86 pr. D. de leg. II° 31) eine Einsetzung ex re certa? So Neuner S. 37 fg. 93 fg. 382 fg., Vangerow a. a. O. unter B; dagegen Mandry Arch. f. civ. Pr. LI. 5 (1867), wie mir scheint überzeugend. Das Vermögen hört dadurch nicht auf, Vermögen (Vermögenseinheit) zu sein, daß ihm eine einzelne Sache entzogen wird; wäre es anders, so würde die Erbeseinsetzung auch durch Hinzufügung eines Vindicationslegates zu einer institutio ex re certa gemacht. Eine andere Auffassung des römischen Rechts beweisen weder die oben genannten Stellen, noch l. 19 D. de lib. 28. 2. §. 553.

[2] Wenn nämlich die vergebenen Vermögensstücke das Vermögen nicht erschöpfen.

werden, daß entweder von der Erbeseinsetzung oder von der Erwähnung des bestimmten Vermögensstückes abgesehen wird. Das römische Recht hat keinen Anstand genommen, das vorzugsweise Gewicht auf die Erbeseinsetzung zu legen[3], und demnach den auf ein bestimmtes Vermögensstück oder bestimmte Vermögensstücke Eingesetzten als schlechthin eingesetzt zu behandeln[4]. Und zwar wird dabei, wenn Mehrere in dieser Weise eingesetzt sind, der Verschiedenheit des Werthes der ihnen zugewiesenen Vermögensstücke auf die Bestimmung ihrer Erbtheile, und namentlich also auch ihrer Antheile an den Schulden, wenn nicht ein gegentheiliger Wille des Erblassers unzweifelhaft hervortritt, ein Einfluß nicht eingeräumt[5]. Hat der Erblasser aber in der That den Willen gehabt, den Eingesetzten auf den Einsetzungsgegenstand zu beschränken[6], und ist zugleich mit Sicherheit zu erkennen, wem er

---

[3] Der Ausdruck „heres" war bei den Römern als Bezeichnung für den Gesammtnachfolger, für den zur Ausfüllung der Stellung des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Beziehung Berufenen durchaus unmißverständlich, viel mehr, als es der heutige Ausdruck „Erbe" ist. Vgl. Neuner S. 22 fg. und §. 546 Note 8.

[4] L. 1 §. 4 D. h. t. „Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione". L. 41 §. 8 D. de vulg. 28. 6; l. 74 D. h. t. Einsetzung Mehrerer ex re certa: l. 9 §. 13 l. 10 l. 11 l. 35 pr. §. 1. 2 l. 78 pr. D. h. t., l. 17 pr. D. de test. mil. 29. 1. Neuner S. 22 fg. 139 fg. 362 fg.

[5] L. 11 l. 35 pr. §. 1. 2 l. 78 pr. D. h. t., l. 17 pr. D. de test. mil. 29. 1. Nicht einmal, daß die Mehreren auf verschiedene Theile der ihnen zugewiesenen Vermögensstücke eingesetzt sind, soll auf die Bestimmung ihrer Erbtheile von Einfluß sein. L. 10 D. h. t. (über die Lesart s. Neuner S. 135 fg. und Mommsen in seiner Ausgabe), und nur dann soll es anders gehalten werden, wenn die Mehreren auf verschiedene Theile einer und derselben Sache eingesetzt sind, l. 9 §. 2 D. h. t., — obgleich doch auch hier hinzugesetzt wird: „si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur". Am ehesten wird bei Einsetzung auf Geldsummen angenommen werden dürfen, daß der Erblasser die angewiesene Geldsumme als maßgebend für die Erbbetheiligung überhaupt habe setzen wollen. Neuner S. 131—139.

[6] Es ist nicht nothwendig, daß er diesen Willen gehabt habe, auch wenn er anderes Vermögen wirklich hinterlassen hat; es ist auch möglich, daß er der Meinung gewesen sei, sein Vermögen bestehe nur in dem genannten Vermögensstück oder den genannten Vermögensstücken, ja es kann sein, daß dieß zur Zeit der Erbeseinsetzung wirklich der Fall war, und erst später anderes Vermögen erworben worden ist. S. über den letzteren Fall l. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17, und überhaupt Neuner S. 23 fg. 143. 365.

das Uebrige hat zuwenden wollen [7], so wird dieser sein Wille auch hier indirect dadurch zur Geltung gebracht, daß der Eingesetzte behandelt wird als beschwert mit dem Vermächtniß, denjenigen Theil seines Erbtheils, welchen der Erblasser ihm nicht hat zuwenden wollen, derjenigen Person herauszugeben, welcher der Erblasser ihn hat zuwenden wollen [8]. Im Einzelnen aber hat dieses Vermächtniß noch einen verschiedenen Inhalt.

a) Sind mehrere Erben neben einander auf bestimmte Vermögensstücke eingesetzt, so gelten sie als beschwert mit dem Singularvermächtniß, sich gegenseitig diejenigen Theile der ihnen zugewiesenen Vermögensstücke herauszugeben, welche in den ihnen angefallenen Erbschaftsquoten nicht enthalten sind [9].

b) Steht aber der auf ein bestimmtes Vermögensstück Eingesetzte Intestaterben oder anderen in einem früheren oder demselben Testamente, auf Bruchtheile oder schlechthin, eingesetzten Erben gegenüber, so ist das ihm obliegende Vermächtniß kein Singular- sondern ein Erbschaftsvermächtniß: er ist verpflichtet, den genannten Personen seinen Erbtheil als solchen herauszugeben, um von ihnen das ihm zugewiesene Vermögensstück zurückzuempfangen [10]. Für den Fall, wo es in demselben Testamente eingesetzte Erben sind, denen er gegenübersteht, hat Justinian bestimmt, daß der ihnen herauszugebende Erbtheil als ohne Weiteres, auch ohne Willenserklärung von Seiten des Beschwerten, an sie gefallen angesehen werden solle, so daß dieser dann den Miterben gegenüber im praktischen Resultat lediglich als Vermächtnißnehmer auf das ihm zugewiesene Vermögensstück erscheint, während doch im Uebrigen seine Erbenqualität aufrecht erhalten bleibt [11].

---

[7] Was ebensowenig nothwendig ist. Vgl. §. 552 Note 5.

[8] Diese Person kann sein: a) der in demselben Testament Miteingesetzte, l. 35 pr. l. 78 pr. D. h. t., l. 17 pr. D. de test. mil. 29 1; b) der in einem früheren Testament Eingesetzte, l. 29 D. ad SC. Treb. 36. 1, §. 3 I. quib. mod. test. infirm. 2. 17; c) der Intestaterbe, l. 69 pr. D. de leg. II° 31. Vgl. §. 552 Note 6. 7. Neuner S. 74. 143 fg. 364 fg.

[9] L. 35 pr. §. 1. 2 l. 78 pr. D. h. t. Neuner S. 143 fg.

[10] Neuner S. 95 fg. 166. 367 fg.

[11] Dieß ist der Sinn der l. 13 C. de her. inst. 6. 24, wie er von Neuner S. 385 fg. festgestellt worden ist. Ueber andere Auffassungen dieser vielbesprochenen Stelle s. dens. S. 313 fg., Vangerow §. 449 Anm. 2 Nr. III, Sintenis III §. 172 Anm. 21 g. E., Kleinschmidt Arch. für prakt.

Beim Soldatentestament[12] tritt auch hier eine abweichende Behandlung ein. Zunächst insofern, als das durch die Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück nicht Vergebene auf die sonst Berufenen direct, als Erbschaft, fällt[13]. Zugleich wird aber auch der Eingesetzte selbst als Erbe behandelt, und zwar als schlechthin eingesetzt[14]; nur wenn der Soldat zwischen seinem Soldaten- und seinem übrigen Vermögen unterschieden hat, werden diese beiden Vermögen als zwei besondere Vermögen auseinander gehalten, so daß danach auch die Schulden sich auf die Eingesetzten vertheilen[15]. —

Die heutige Anwendbarkeit der vorstehend entwickelten Sätze

RW. X S. 321. Eine Consequenz aus der im Uebrigen aufrecht erhaltenen Erbenqualität des Eingesetzten ist namentlich, daß mit seiner Einsetzung den Vorschriften des Notherbenrechts genügt ist, Nov. 115 c. 5 pr. S. auch Vangerow a. a. O. Nr. 3. a. Vgl. Seuff. Arch. III. 347.

[12] Mühlenbruch XLII S. 82 fg., Neuner S. 485 fg., Vangerow §. 449 Anm. 2 a. E. unter C.

[13] L. 6 l. 11 §. 2 — l. 13 pr. D. de test. mil. 29. 1, l. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17, l. 2 C. eod. 6. 21.

[14] L. 17 pr. D. de test. mil. 29. 1. „Si certarum rerum heredes instituerit miles veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset“. Diese Entscheidung muß m. E. auf den Fall übertragen werden, wo der Soldat durch seine Einsetzung nicht sein ganzes Vermögen vergeben, sondern einen Theil desselben der Vergebung durch das Gesetz oder ein früher gemachtes Testament überlassen hat. Dieß thun freilich weder Neuner noch Vangerow.

[15] L. 17 §. 1 D. eod. Es wird in dieser Stelle aber noch die Maßgabe hinzugefügt, daß, wenn die eine Abtheilung des Vermögens überschuldet ist, der auf die andere Abtheilung Eingesetzte auch diese überschuldete Abtheilung nehmen oder auch auf die seinige verzichten muß. — Ist aber nicht diese für den Fall der Einsetzung in Soldaten- und übriges Vermögen gegebene Entscheidung Mehr als eine singuläre Entscheidung gerade für diesen Fall, ist in ihr nicht ein Princip anerkannt? Die Beantwortung dieser Frage ist schwierig und bestritten. Für die Verneinung Vangerow, für die Bejahung Neuner, welcher (unter Berufung auf l. 16 §. 6 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 78 pr. D. h. t. 28 5) glaubt, die Entscheidung der l. 17 §. 1 cit. sei auf jeden Fall zu übertragen, wo das Vermögen in „eigentliche Vermögenscomplexe“ geschieden sei, „deren jeder durch eine gemeinsame Bezeichnung zusammengehalten wird, z. B. res Italicas und provinciales, bona materna und paterna“.

darf im Princip nicht bestritten werden. Nur wird heutzutage in einem gegebenen Fall bei einer Erbeseinsetzung auf ein bestimmtes Vermögensstück die Auslegung, daß der Erblasser nicht Berufung zur Erbschaft, sondern Vermächtniß gemeint habe, weit eher erlaubt sein, als eine solche Auslegung den Römern gegenüber dem Ausdrucke „heres" erlaubt schien[16].

c. Nebenbestimmungen*.

α. Bedingung**.

§. 554.

1. Durch eine der Erbeseinsetzung hinzugefügte aufschiebende Bedingung wird der Anfall der Erbschaft hinausgeschoben[1]. Doch[2]

---

[16] Vgl. Note 3 und §. 546 Note 8, §. 552 Note 8. Neuner S. 544 fg., Unger §. 8 Note 4. [Vgl. Seuff. Arch. VIII. 157.]

* Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 45—276. Arndts RLex. III S. 927—939. Mayer §. 20—24, Vering S. 321—337. Sintenis III §. 173, Vangerow II §. 434—438, Unger §. 16—18. §. 554.

** Dig. 28. 7 de condicionibus institutionum 35. 1. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus sub condicione factis.

[1] L. 3. 69 D. de A. v. O. H. 29. 2. Daher tritt der Anfall gar nicht ein, wenn der Eingesetzte vor Erfüllung der Bedingung stirbt (§. 554 Note 4). L. un. §. 7. C. de cad. toll. 6. 51; l. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 23. 45 §. 1 D. de vulg. 28. 6, l. 81 D. eod., l. 9 i. f. D. de suis 38. 16. Der Anfall wird hinausgeschoben; aber die Erbeseinsetzung ist nicht ungültig, nur einstweilen unwirksam. Deßwegen können die Intestaterben auch nicht einstweilen verlangen zugelassen zu werden (l. 39 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 8 C. comm. de success. 6. 59, l. 5 D. de suis 38. 16, vgl. §. 537 Note 3), und ein früheres Testament wird auch durch eine bedingte Erbeseinsetzung sofort aufgehoben (l. 16 D. de iniust. 28. 3). Natürlich wird hier unter Bedingung nur die eigentliche Bedingung (I §. 87) verstanden, vgl. l. 16 cit. — Uebrigens sind die Intestaterben bei bedingter Erbeseinsetzung auch schon deßwegen ausgeschlossen, weil, wenn sie einmal Erben geworden wären, sie nicht wieder aufhören könnten, Erben zu sein, s. Note 18, und aus demselben Grunde sind auch ausgeschlossen die neben dem bedingt Eingesetzten eingesetzten Erben (l. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5). Aus dem Grundsatz der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung dagegen, auf welchen man den Ausschluß der Intestaterben gewöhnlich zurückführt, würde sich dieser Ausschluß, auch wenn man jenen Grundsatz anerkennen wollte (vgl. I §. 91, Unger §. 16 Note 20), nicht rechtfertigen; dieser Grundsatz würde immer noch zulassen, daß die Intestaterben einstweilen Erben würden, und nur hinterher rückwärts wieder aufhörten, Erben zu sein. Vgl. übrigens auch §. 555 Anm. 4.

kann der Eingesetzte auch vor Erfüllung der Bedingung die Erbschaft für den Fall des Anfalls provisorisch erwerben und in seinen Besitz bringen[3], muß aber wegen eventueller Herausgabe[4] derselben den nach ihm Berechtigten[5] Sicherheit leisten[6]. In Einem Falle wird noch weiter gegangen: die Sicherheitsleistung gilt als Erfüllung der Bedingung[7]. Dieß tritt ein, wenn die Bedingung auf ein Nichtthun des Eingesetzten gestellt ist, und zwar auf ein Nichtthun der Art, daß eine Gewißheit desselben

---

[2] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch S. 190 fg., Arndts S. 930 fg., Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 304, Sintenis III §. 173 Anm. 29.

[2] Der römische Prätor ertheilte dem bedingt Eingesetzten auf sein Ansuchen bonorum possessio secundum tabulas. L. 5 pr. l. 6. 10 12. i. f. D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 3 §. 13 D. de B. P. s. t. 37. 4, l. 1 §. 7 D. ad SC. Tert. 38. 17. Diese bonorum possessio ist eine gewöhnliche bonorum possessio edictalis, keine decretalis; im heutigen Recht wird sie erworben, wie jede andere bonorum possessio (§. 596 Num. 2). Rechtliche Stellung nach dem provisorischen Erwerb: l. 23 pr. D. de her. inst. 28. 5.

[4] Die Erbschaft muß herausgegeben werden nicht bloß wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, sondern auch wenn der Eingesetzte ihre Erfüllung nicht erlebt. S. die Stellen der Note 1. Herausgabe mit Früchten und mit Ersatz des durch die Schuld des Eingesetzten entstandenen Schadens: arg. l. 76 §. 7 D. de leg. II° 31, l. 79 §. 2 D. de cond. 35. 1, Nov. 22 c. 44 §. 2—4.

[5] Den Miterben, Substituten, Intestaterben. Ausdrücklich nennen die Quellen nur die Substituten, s. die Stellen der folgenden Note. Diese Personen treten, wenn sie eintreten, als Erben ein; sie haben nicht etwa bloß obligatorischen Anspruch auf Herausgabe. L. 12 D. qui satisd. 2. 8, l. 1 §. 7 D. ad SC. Tert. 38. 17.

[6] L. 12 D. qui satisd. 2. 8, l. 8 D. de stip. praet. 46. 5. Sicherheit durch Bürgschaft: l. 3 D. de praet. stip. 46. 5, s. aber auch I §. 134 Note 5 und Mühlenbruch S. 192.

[7] Oder mit andern Worten: die Bedingung wird verwandelt in eine Auflage, die Erbschaft unter der entgegengesetzten Bedingung herauszugeben. L. 4 §. 1 D. h. t. 28. 7, l. 67 D. de cond. 35. 1. Diese Art der Behandlung gehört dem römischen Civilrecht an; die nach demselben zu leistende Sicherheit ist die cautio Muciana. Dieselbe ist zuerst für Vermächtnisse eingeführt, später aber auch auf Erbschaften übertragen worden. L. 7 pr. §. 11. 18 D. de cond. 35. 1, l. 4 §. 1 D. h. t. 28. 7. — Also der Erwerb in Folge der Mucianischen Caution ist ein definitiver, bloß mit einer obligatorischen Verpflichtung zur Restitution belasteter, während bei anderen Bedingungen die Erbschaft nur provisorisch erworben werden kann (Note 4). Dieß übersieht Sintenis a. a. O., wenn er behauptet, im heutigen Recht bestehe eine Verschiedenheit der bonorum possessio und der cautio Muciana gar nicht mehr.

nicht vor dem Tode des Eingesetzten vorhanden ist[8]. Leistet der Eingesetzte die nöthige Sicherheit nicht, so wird für die Erbschaft

[8] L. 73 D. de cond. 35. 1: — „in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur". Vgl. l. 65 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1: — „in condicionibus . . quae . . nisi fine vitae expleri non possent". Ueber den Gesichtspunkt, welcher das Civilrecht bei der Aufstellung der Caution ursprünglich geleitet hat, ob es ebenfalls dem Bedachten den Genuß des ihm Zugewendeten sichern wollte, oder ob sein Gesichtspunkt Verhinderung der Hinfälligkeit der Verfügung war (vgl. l. 61 pr. D. de manum. testam. 40. 4, §. 4 I. de V. O. 3. 15), s. einerseits Vangerow §. 435 Anm. 3 Nr. I. 1, andererseits Arndts Beiträge S. 188 und RLex. III S. 932. Beispiele von Fällen, in denen die Erfüllung einer auf Nichtthun des Bedachten gestellten Bedingung auch vor seinem Tode sicher werden kann: l. 106 D. de cond. 35. 1 („si Titio non nupserit"), l. 101 §. 3 eod., l. 72 §. 2 eod. Doch soll auch in Fällen dieser Art die Caution zugelassen werden, wenn es nicht erlaubt erscheint, den Bedachten auf das Ereigniß, durch welches sein Nichtthun sicher werden kann, zu verweisen, l. 72 pr. D. de cond. 35. 1 („si a liberis non discessisset") l. 72 §. 1 eod. Die Caution wird übrigens auch zugelassen bei der Bedingung des Nichtfreilassens eines Sclaven, deren Erfüllung doch durch den Tod des Sclaven sicher werden kann, l. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1; vgl. über die verschiedenen Ansichten Mühlenbruch S. 261 fg., Mayer §. 37 Anm. 2 Unger §. 16 Anm. 25, Vangerow §. 435 Anm. 3 Nr. I. 3. b, Arndts S. 932, Puchta §. 475. p, Sintenis S. 415 Anm. Es findet sich auch die Behauptung, man habe bei Erbeseinsetzungen die ganze Beschränkung (daß nicht die Erfüllung der Bedingung in anderer Weise als durch den Tod des Bedachten müsse sicher werden können) fallen lassen, so namentlich Arndts a. a. O., Sintenis III S. 415 Anm., Brinz S. 953; s. dagegen Unger a. a. O., Vangerow a. a. O. Nr. II. — Für die Mucianische Caution gelten im Uebrigen dieselben Regeln wie für die Caution auf Grund des prätorischen Edicts. Sie geht ebenfalls auf Herausgabe der Erbschaft mit den gezogenen Früchten und Ersatz des durch die Schuld des Eingesetzten angerichteten Schadens, l. 76 §. 7 D. de legat. II° 31, l. 79 §. 2 D. de cond. 35. 1, Nov. 22 c. 44 §. 2—4; wird geleistet durch Bürgschaftstellung, l. 106 D. eod., im Falle der Nov. 22 c. 44 durch Pfandbestellung bez. gesetzliches Pfandrecht (vgl. I §. 232 Anm. 8); dem eventuell Berechtigten, ei . . . ad quem iure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest", l. 18 D. cond. 35. 1. Was die Intestaterben angeht, s. speciell Nov. 22 c. 44. Doch wird gerade für die Intestaterben, abgesehen von dem in der genannten Stelle bezeichneten Fall, geleugnet, daß ihnen die Caution geleistet zu werden brauche, so namentlich von Vangerow §. 435 Anm. Nr. III und den das. Citirten. Diese Ansicht hat ihren Grund in l. 4 §. 1 D. h. t. 28. 7, l. 20 pr. eod., l. 7 §. 1 D. de cond. 35. 1. Aber in den beiden in diesen Stellen behandelten Fällen ist der Entscheidungsgrund nicht

ein Pfleger aufgestellt[9]. Es kann aber auch der Richter, wenn binnen einer von ihm festgesetzten Frist die Bedingung nicht erfüllt wird, die Erbschaft den Gläubigern ausantworten[10], und wenn die Erfüllung der Bedingung rein von der Willkür des Eingesetzten abhängt, so kann der Richter den Eingesetzten zur Erklärung darüber, ob er die Bedingung erfüllen wolle oder nicht, in derselben Weise anhalten, wie er auch den unbedingt Berufenen zur Erklärung darüber, ob er Erbe werden wolle oder nicht, anhalten kann[11].

2) Für die Frage, was zur Erfüllung der einer Erbeseinsetzung hinzugefügten Bedingung erforderlich sei, ist entscheidend der durch Auslegung zu bestimmende Wille des Erblassers[12]. Hiernach ist im Besonderen die specielle Frage zu beantworten, zu welcher Zeit das in der Bedingung genannte Ereigniß eintreten müsse, und namentlich, ob Eintritt vor dem Tode des Erblassers genüge[13]; ferner die Frage, ob die auf ein Thun des Eingesetzten

der Mangel eines Cautionsberechtigten, sondern die Unmöglichkeit der Bedingung (genauer: die Unmöglichkeit der Handlung, welche nicht vorgenommen werden soll, vgl. I §. 87 Note 5), im ersten Fall die Unmöglichkeit vor, im zweiten Fall die Unmöglichkeit nach Antritt der Erbschaft, wie für l. 4 §. 1 cit. namentlich auch aus dem Vergleich mit dem princ. deutlich hervorgeht; und wenn man in l. 4 §. 1 cit. unter der Caution, von welcher sie redet, eine Caution nicht auf Herausgabe der Erbschaft, sondern auf Nichtvornahme der betreffenden Handlung versteht, so erklärt sich auch vollständig, warum diese Caution zwar dem eingesetzten Miterben, nicht aber dem Intestaterben geleistet zu werden braucht. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. Vgl. Mühlenbruch S. 195 fg., Arndts Beiträge S. 189 fg. und RLex. S. 933 fg., Sintenis II §. 173 Anm. 29, Böcking Pand. II §. 158 Note. 27 und die bei Mühlenbruch und Arndts Citirten.

9 S. II §. 447 Note 4. L. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 §. 1. 2 D. de cur. bonis 42. 7.

10 L. 23 §. 2 D. cit., l. 4 pr. D. de reb. auct. iud. possid. 42. 5, l. 1 pr. §. 1 D. de cur. bonis 42. 7.

11 L. 23 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, vgl. l. 29 D. de cond. 35. 1. Mühlenbruch S. 236 fg., Arndts S. 930 Anm. 144 a. E., Vangerow II §. 435 Anm. 1 Nr. 3, [Dedekind das Deliberationsrecht des Erben (Braunschweig 1870) S. 29 fg.].

12 L. 19 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1 (I §. 92 Note 2).

13 L. 2. 10. 11 l. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 2 D. de leg. II° 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25. Arndts S. 929, Mühlenbruch S. 229 fg., Vangerow II §. 435 Anm. 1, Sintenis III S. 419—420. S. auch Note 11.

gestellte Bedingung auch dann für erfüllt erachtet werden dürfe, wenn ihm das Thun ohne seine Schuld unmöglich geworden ist[14]. Sind der Erbeseinsetzung mehrere Bedingungen copulativ hinzugefügt, so müssen sie alle erfüllt werden; bei alternativ gestellten Bedingungen genügt die Erfüllung Einer[15]. Positiven Rechtes ist die Bestimmung, daß auch die nicht erfüllte Bedingung als erfüllt gelten soll, wenn ihre Erfüllung durch denjenigen, welcher an ihrer Nichterfüllung ein Interesse hat, unredlicher Weise gehindert wird[16]; ferner die Bestimmung, daß die Bedingung des Kinderhabens auch durch ein feierliches Gelübde der Keuschheit unter Widmung des Vermögens zu frommen Zwecken erfüllt werden kann[17].

3. Unmögliche und unerlaubte Bedingungen gelten bei Erbeseinsetzungen, wie bei letztwilligen Verfügungen überhaupt, als nicht hinzugefügt. Hiervon ist vollständig I §. 94 gehandelt worden[17a].

---

[14] Von dieser Frage ist ausführlich I §. 92 gehandelt worden.

[15] L. 2 D. h. t. 28. 7, §. 11 I. de her. inst. 28. 5, l. 78 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 26 pr. eod. Ueber eine besondere Ansicht Huschke's in Betreff der Behandlung alternativer Bedingungen s. die Citate §. 548 Note 16. — Als alternative Bedingungen behandelt das römische Recht auch die Bedingungen mehrerer an verschiedenen Stellen des Testaments zu Gunsten derselben Person gemachten Erbeseinsetzungen, d. h. es hält die eine Erbeseinsetzung neben der andern aufrecht, läßt nicht etwa die frühere durch die spätere aufgehoben werden. L. 17 D. h. t. 28. 7, l. 27 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. Aus demselben Grunde legt das römische Recht der Bedingung der Erbeseinsetzung keine Wirkung bei, wenn sich neben der bedingten Erbeseinsetzung im Testament eine unbedingte findet, l. 27 §. 1 D. de her inst. 28. 5. Diese Behandlung, welche bei Vermächtnissen nicht eintritt (l. 12 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 40 §. 2 l. 51 pr. l. 87. 89 D. de cond. 35. 1), hat ihren Grund in der ganz besonderen Bedeutung, welche das römische Recht der Ernennung zum „heres" beilegte (Neuner die Heredis institutio ex re certa S. 22 fg., vgl. §. 548 Note 16), und darf daher für das heutige Recht fallen gelassen werden, so daß auch für Erbeseinsetzungen in gleicher Weise wie für Vermächtnisse der wirkliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wird. Arndts RLex. III S. 887, Unger §. 16 Anm. 14.

[16] S. I §. 92 Note 10.

[17] L. 53 §. 2 C. de episc. et cler. 1. 3.

[17a] Die gleiche Behandlung muß bei der vertragsmäßigen Erbeseinsetzung eintreten, welche ja nur eine in ihrer Kraft gesteigerte Erbeseinsetzung ist. Vgl. I §. 94 Note 16. Andere lassen den Erbvertrag durch die Hinzufügung einer unmöglichen oder unsittlichen Bedingung nach der für Verträge geltenden Regel ungültig werden, so z. B. Beseler Erbverträge II. 1 S. 169. Eine

4. Bisher ist nur von der aufschiebenden Bedingung die Rede gewesen. Was die auflösende Bedingung angeht, so kann zwar der Eintritt derselben nicht bewirken, daß der Eingesetzte, welcher Erbe geworden ist, wieder aufhöre, Erbe zu sein[18]; wenn aber darüber kein Zweifel ist, an wen nach dem Willen des Erblassers mit Eintritt der Bedingung die Erbschaft fallen soll, so muß der Eingesetzte diesem die Erbschaft als Erbschaftsvermächtniß herausgeben[19]. Nur beim Soldatentestamente bewirkt

---

eigenthümliche Ansicht hat Hartmann Erbverträge S. 51 fg. (unter Billigung von Arndts Haimerl's österr. VJSchr. VII S. 276) aufgestellt. Auf Grund seiner Auffassung des Erbvertrags als einer Erbeseinsetzung mit hinzugefügtem vertragsmäßigen Verzicht (§. 529 Nate 3) lehrt er, die unmögliche und unsittliche Bedingung mache zwar nicht die Erbeseinsetzung, wohl aber den Verzicht ungültig, so daß nun eine widerrufliche Erbeseinsetzung vorliege. Dagegen mit Recht Unger §. 26 Anm. 14, obgleich dieser Schriftsteller Hartmanns Grundauffassung theilt.

[18] Dieß ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; aber es folgt mit Sicherheit daraus, daß [für das Soldatentestament das Gegentheil als etwas Besonderes hervorgehoben wird (l. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1), und daß auch der Eintritt einer auflösenden Befristung die bezeichnete Wirkung nicht hat (§. 9 I. de her. inst. 2. 14, l. 34 D. eod. 28. 5), wie es denn auch in anderer Beziehung für eine Unmöglichkeit erklärt wird, „ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse", l. 88 D. de her. inst. 28. 5. (Wenn man für den Satz: semel heres semper heres noch zwei andere Stellen anführt, l. 7 §. 10 D. de min. 4. 4 und l. 3 §. 2 D. de lib. et post. 28. 2, so liegt doch auf der Hand, daß die erste nur den Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen Recht hervorheben will, und daß die zweite es für unmöglich erklärt, die Erbschaft zu nehmen — nicht demjenigen, welcher seinerseits Erbe geworden ist, sondern — demjenigen, welcher durch das Erbewerden eines Andern bereits von der Erbschaft ausgeschlossen ist.) Ein Uebergang der Erbschaft auf die Intestaterben oder auf die in einem früheren Testament Eingesetzten ist übrigens auch schon durch den Grundsatz von der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung (§. 537. 565) ausgeschlossen.

[19] Auch das wird in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, und die herrschende Meinung erkennt es nicht an, jedenfalls wird es gewöhnlich nicht hervorgehoben (s. jedoch Mühlenbruch XL S. 192. XLI S. 267 [auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 36]). Aber ich sehe nicht ein, warum nicht hier mit demselben Recht ein stillschweigendes Erbschaftsvermächtniß sollte angenommen werden dürfen, wie bei der Erbeseinsetzung ex certa parte oder ex certa re (§. 552 Note 5—7, §. 553 Note 8). — Ein anderer Weg, welcher eingeschlagen worden ist, um den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, besteht darin, daß die auflösende Bedingung in eine aufschiebende verwandelt wird (v. Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. I. 9, Zimmern

der Eintritt der auflösenden Bedingung directes Aufhören der Erbenqualität, so daß die Erbschaft weiter vergeben wird, wie sie in Ermangelung der Erbeseinsetzung von Anfang an vergeben worden sein würde[20].

β. Befristung.

§. 555.

Die auflösende Befristung unterliegt derselben rechtlichen Behandlung, wie die auflösende Bedingung (§. 554 Note 4)[1]. Aber auch der aufschiebenden Befristung wird, abgesehen vom Soldatentestamente[2], nicht direct[3], sondern nur durch Vermittlung eines aus der Verfügung des Erblassers durch Auslegung entnommenen Erbschaftsvermächtnisses Folge gegeben — vorausgesetzt auch hier,

---

das. VII. 7, Mayer §. 20 Anm. 5); aber dieser Weg ist mit Recht von Andern verworfen worden (Thibaut das. V. 13 und VII. 19, Vangerow II §. 434 Anm. 1 und die das. Citirten) obgleich anerkannt werden muß und anerkannt worden ist, daß eine nach dieser Seite gehende Auslegung unter Umständen nicht unmöglich ist.

[20] L. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, vgl. l. 41 pr. D. eod., l. 8 C. eod. 6. 21. Mühlenbruch XLII S. 103 fg. glaubt nach dem Vorgange von Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 307 fg., daß auch in diesem Falle der Nacherbe die Erbschaft nur auf dem Wege des Erbschaftsvermächtnisses erhalte; seine Gründe sind nicht überzeugend, s. dawider auch Neuner die Heredis institutio ex re certa S. 487 Note 11. Doch wird man gewiß dem Willen des Erblassers entsprechen, wenn man dem direct eintretenden Nacherben den gleichen Anspruch auf Caution gewährt, welchen er als Vermächtnißnehmer gehabt haben würde. S. die Lehre von den Vermächtnissen.

[1] S. l. 34 D. de her. inst. 28. 5, §. 9 eod. 2. 14 und §. 554 Note §. 555.
19; l. 15 §. 4 l. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1, l. 8 C. eod. 6. 21.

[2] L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1.

[3] Der Eingesetzte wird trotz der Befristung Erbe sofort. L. 34 D. de her. inst. 28. 5, §. 9 I. eod. 2. 14. Nach dem Willen des Erblassers soll zwar die Erbeseinsetzung Wirksamkeit nicht sofort, sondern erst mit dem Eintritt des bezeichneten Termins erlangen. Aber auch vorher schließt die Erbeseinsetzung sowohl die Intestat- als die in einem früheren Testament eingesetzten Erben nach denselben Grundsätzen aus, wie die Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung (§. 554 Note 1), und hat der Erblasser nicht den Willen gehabt, für die Zwischenzeit die Erbschaft einem Andern zuzuwenden, so enthält sie eine „sinn- und nutzlose Einschränkung", sie ist nur eine „Chikane gegen die Erbschaftsgläubiger". Brinz S. 772, Köppen die Erbschaft

daß der Wille des Erblassers, wer bis zu dem bezeichneten Termine die Erbschaft haben solle, unzweifelhaft erkannt werden könne[4].

Was als Befristung ausgedrückt ist, kann möglicherweise in der Wirklichkeit Bedingung sein; s. darüber I §. 96a.

γ. Voraussetzung.

§. 556.

Von der auf einen vergangenen oder gegenwärtigen Umstand gerichteten Voraussetzung ist bereits oben §. 548 Num. 2 unter einem andern Gesichtspunkt gehandelt worden; eine solche Voraussetzung[1] schließt nämlich nothwendigerweise einen Irrthum in sich, und so kann als das den Bestand der Erbeseinsetzung Beeinflußende auch der Irrthum angesehen werden. Die einer Erbeseinsetzung hinzugefügte Voraussetzung kann aber auch auf die Zukunft gerichtet sein, und namentlich[2] ist eine Voraussetzung der Erbeseinsetzung in jeder dem Eingesetzten gemachten Auflage enthalten. In einem solchen Falle richtet nun zwar das Recht in erster Linie sein Bestreben darauf, die Erfüllung der Auflage zu erzwingen; bleibt sie aber trotzdem unerfüllt, so wird dem Eingesetzten die Geltendmachung seines Erbrechts versagt, und er ist

---

S. 100—101. — Andere haben eine Unwirksamkeit der einer Erbeseinsetzung hinzugefügten aufschiebenden Befristung daraus erklären wollen, daß eine Erbschaft zu keiner andern Zeit vererbt werden könne, als zur Zeit des Todes des Erblassers, Huschke Rhein. Mus. IV S. 323, Mühlenbruch XL S. 188; dagegen mit Recht Köppen und Brinz a. a. O., welche übrigens den Fall, wo der Erblasser den Willen gehabt hat, die Erbschaft bis zu dem bezeichneten Termin einem Andern zuzuwenden, nicht ins Auge fassen.

[4] Vgl. § 554 Note 19. — Kann nicht auch in der Erbeseinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung ein stillschweigendes Erbschaftsvermächtniß liegen? Ich glaube nicht, daß im Zweifel als Wille des Erblassers angenommen werden darf, daß für den Fall des Eintritts der Bedingung der Eingesetzte den bis dahin erfallenen Ertrag der Erbschaft nicht haben solle. S. übrigens auch Unger §. 16 Anm. 20.

§. 556. [1] Die herrschende Meinung setzt auch hier, wie überhaupt, an die Stelle der allgemeinen Kategorie der Voraussetzung die speciellere des Modus. Vgl. I §. 97 Note 1.

[2] Eine andere praktisch wichtige Anwendung der auf die Zukunft gestellten Voraussetzung bei der Erbeseinsetzung s. §. 568 Note 5. 6.

verpflichtet, die Erbschaft demjenigen herauszugeben, welcher sie ohne diese Erbeseinsetzung erhalten haben würde[3].

2. Die Substitutionen*.

a. Die gewöhnliche Substitution (Nacherbeseinsetzung)**.

§. 557.

Die gewöhnliche Substitution ist die Einsetzung eines Erben an Stelle eines andern zuvor Eingesetzten für den Fall, daß dieser Letztere nicht Erbe werden sollte[1]. Die gewöhnliche Substitution ist eine bedingte Erbeseinsetzung, und steht daher unter den Grundsätzen, wie der Erbeseinsetzung überhaupt, so der bedingten Erbeseinsetzung im Besonderen[2]; was sich sonst noch über sie sagen läßt,

---

[3] L. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 §. 6 D. de cond. inst. 28. 7 (vgl. I §. 94 Note 15). Vgl. §. I. 99 Note 2 und aus meiner Schrift über die Voraussetzung Nr. 50. 54. 79. 104. 106. Unger §. 18. Ueber die Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Voraussetzung s. I §. 100.

* D. 28. 6. de vulgari et pupillari substitutione. Cod. 6. 26 de impuberum et aliis substitutionibus, — Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 248 fg. XLI S. 1—44. Arndts RLex. X S. 654 fg. Mayer §. 34—43, Vering S. 338 fg. Sintenis III §. 174—176, Vangerow II. §. 450—456, Unger 19. 20. §. 557.

** Substitutio vulgaris (vgl. l. 4 §. 2 D. h. t.; Mühlenbruch S. 260, Vering S. 338). Von derselben handelt im Besonderen der Titel der Institutionen 2. 15 de vulgari substitutione.

[1] Pr. I. h. t. „Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: *si ille heres non erit, ille heres esto;* est deinceps in quantum velit testator substituere potest . .“. L. 1 pr. l. 36 pr. D. h. t. — Man hat den Substituirten einen Nacherben genannt (so auch Mühlenbruch): das ist nicht genau, da ja der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird. Man hat es hier nicht mit einem Vor- oder Nacherben, sondern mit einem Vor- oder Nacheingesetzten zu thun. Vgl. Unger Anm. 3.

[2] Daher ist es namentlich erforderlich, daß der Nacheingesetzte den Nacheinsetzungsfall erlebe. L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 13. 45 §. 1 D. h. t., l. 81 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 9 D. de suis 38. 16. Nur in soweit ist es hier anders als bei anderen bedingten Erbeseinsetzungen, als der Nacheingesetzte keinen Anspruch auf provisorischen Besitz der Erbschaft hat, obgleich er vom provisorischen Erwerbe nicht ausgeschlossen ist, l. 9 C. qui admitti 6. 9 (§. 597 Note 2). Er hat ferner das Recht durch den Richter dem Voreingesetzten eine Frist bestimmen zu lassen, binnen welcher derselbe sich darüber zu erklären hat, ob er die Erbschaft antreten will oder nicht. Vgl. §. 598 Note 5. 7.

besteht aus Auslegungsregeln. So ist namentlich[3] im Zweifel anzunehmen: daß der Erblasser den Nacheingesetzten habe berufen wollen sowohl für den Fall, wo der Voreingesetzte nicht Erbe werden kann, als für den Fall, wo derselbe nicht Erbe werden will[4], mag auch der Erblasser nur einen dieser beiden Fälle genannt haben[5]; daß der Erblasser den Nacheingesetzten auch für den Fall habe berufen wollen, wo der Voreingesetzte zwar Erbe wird, aber den Erbschaftserwerb wieder rückgängig macht[6]; daß umgekehrt der Erblasser den Nacheingesetzten habe ausschließen wollen auch für den Fall, wo der Voreingesetzte zwar nicht selbst Erbe wird, aber aus seiner Person ein Anderer[7]; daß mehrere Nach-

---

[3] Vgl. sonst noch §. 559 Note 11, und l. 19 D. de her. inst. 28. 5; l. 41 §. 4 D. h. t., l. 59 §. 3 D. de her inst. 28. 5; l. 73 D. eod. Vgl. auch l. 42 D. l. 10 C. h. t. Substitution an eigene Stelle: l. 48 §. 1 l. 10 §. 7. D. h. t.

[4] Vgl. l. 3 C. de her. inst. 6. 25.

[5] So die herrschende Meinung unter Berufung auf l. 29 §. 5 D. de lib. et post. 28. 2, l. 22 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Mayer §. 35 Note 2, Sintenis §. 174 Note 7. Nicht soweit wollen gehen Mühlenbruch S. 301 fg., Arndts S. 656, Unger Anm. 4.

[6] Durch beneficium abstinendi (§. 595) oder in integrum restitutio. L. 44 D. de re iud. 42. 1, vgl. l. 12 pr. D. de interrog. 11. 1, l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4. Mühlenbruch XL S. 360 fg., Arndts S. 659—660. Ueber l. 7 §. 10 D. de min. 4. 4 s. Mühlenbruch S. 362, Arndts RLex. IV S. 23 Note 167. Anders, wenn dem Voreingesetzten die Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit entzogen wird, l. 12 pr. D. ad SC. Silan. 29. 5. Mühlenbruch S. 359—360.

[7] Die Quellen enthalten die Entscheidung, daß der Nacheingesetzte auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Voreingesetzte durch seinen Antritt nicht sich, sondern seinen Gewalthaber zum Erben macht, §. 4 I. h. t., l. 40 D. de her. inst. 28. 5, s. übrigens auch l. 3 C. de her. inst. 6. 24. Dieß kann nun zwar im heutigen Rechte nicht mehr vorkommen (II §. 516); dagegen kennt das heutige Recht noch Fälle, in welchen die Erbeseinsetzung des Einen dem Andern in der Weise zu Gute kommt, daß dieser selbst aus ihr die Erbschaft erwerben kann (§. 600. 601). Doch ist nicht für alle diese Fälle der Ausschluß des Nacheingesetzten allgemein anerkannt; s. Mühlenbruch XL S. 334 fg. 348 fg. XLIII S. 224 fg., Arndts S. 656—658, Sintenis §. 174 Anm. 25, Holzschuher II §. 163 Nr. 5. Jedenfalls scheint mir das Argument gegen den Ausschluß, welches man aus l. 72 D. de A. v. O. H. 29. 2 für den in dieser Stelle bezeichneten Fall hat entnehmen wollen, nicht minder schwach zu sein, als das Argument für den Ausschluß, welches für einen andern Fall Viele in l. un. §. 13 C. de cad. toll. 6. 51 gefunden haben.

eingesetzte, wenn sie zugleich an erster Stelle eingesetzt sind[8], auf ihre Einsetzungstheile berufen sein sollen[9]; daß der Nacheingesetzte zweiter Ordnung (der hinter einem Nacheingesetzten Eingesetzte) berufen sein soll auch wenn sein Vormann vor dem Ersteingesetzten wegfalle[10], und daß er, wenn dieser Vormann zugleich Eingesetzter ist, nicht bloß dessen Nacheinsetzungs-, sondern auch dessen Einsetzungstheil erhalten solle[11].

b. Die Pupillarsubstitution*.

§. 558.

Die Pupillarsubstitution ist ein Fall der Erbeseinsetzung an Stelle eines Andern in dem Sinne, daß an Stelle des Andern nicht Jemand zum Erben eingesetzt wird, sondern Jemand zum Erben einsetzt. Das Recht zu einer Erbeseinsetzung für einen Andern in diesem Sinne steht namentlich dem Gewalthaber gegenüber dem gewaltunterworfenen Kinde für den Fall zu, daß das Kind das zur Errichtung eines eigenen Testaments erforderliche Alter nicht erreichen sollte; dieß ist eben Pupillarsubstitution[1]. Die Bezeichnung Substitution für eine Erbeseinsetzung

---

[8] Mögen die Eingesetzten sich gegenseitig substituirt sein (§. 1 I. h. t. l. 4 §. 2. l. 23 D. h. t.), oder nicht (l. 5 D. h. t.)

[9] §. 2. I. h. t., l. 24 l. 41 §. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 5 D. h. t. (Mühlenbruch S. 311 fg.) Ist aber den eingesetzten Nacheingesetzten ein anderer Nichteingesetzter als Nacheingesetzter hinzugefügt, so wird für diesen ein Kopftheil ausgeschieden, l. 32 D. h. t. Vgl. Mühlenbruch S. 317 fg., Vangerow §. 451 Anm. 3 a. E.

[10] L. 41 pr. D. h. t.

[11] §. 3 I h. t., l. 27 l. 41 pr. D. h. t. Beide hier genannten Sätze drückt die Regel aus: substitutus substituto censetur sustitutus instituto.

* Von derselben handelt außer den vor §. 557 citirten Pandekten- und Codextiteln der Institutionentitel 2. 16 de pupillari substitutione. Literatur a. a. O. S. ferner Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 453—536.

[1] Pupillarsubstitution heißt sie, weil sie einem pupillus, impubes gemacht wird; denn das zur Errichtung eines Testaments erforderliche Alter ist eben das Alter der Pubertät, §. 542 Note 8. L. 2 pr. D. h. t. „Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quattuordecim annos perveniant feminae ad duodecim". L. 3 §. 5 eod.: — „si filius meus intra quartum decimum annum decesserit". L. 1 §. 1 l. 46. 47 D. h. t.; l. 4 i. f. l. 41 §. 8 eod.; l. 31 §. 1 l. 39 D. h. t.; l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Pr. I. h. t.: — „si filius §. 558.

dieser Art ist berechnet auf den als gewöhnlich gedachten Fall, daß der Gewalthaber zugleich das Kind zu seinem eigenen Erben ernennt[2]; aber nothwendig ist dieß nicht[3]. Und selbst wenn der Gewalthaber zugleich das Kind sich zum Erben ernennt, ergreift doch die Pupillarsubstitution nicht bloß das dem Kinde vom Gewalthaber hinterlassene, sondern auch das von dem Kinde später erworbene Vermögen[4]. Wenngleich aber in einem gegebenen Falle der Substitut nichts erhält, als das vom Gewalthaber dem Kinde hinterlassene Vermögen, bleibt es immer wahr, daß er nicht Erbe des Vaters, sondern Erbe des Kindes ist[5].

So unzweifelhaft dieß nun aber auch ist, und so bestimmt die bezeichnete Auffassung der Pupillarsubstitution in den Quellen anerkannt und hervorgehoben wird[6], so geht doch durch die Quellen zugleich eine andere Strömung, nach welcher der Gewalthaber in der Pupillarsubstitution in der That sich und nicht dem Kinde einen Erben ernennt[7]. Vielleicht daß diese Auffassung die

---

meus prius moriatur quam in tutelam suam venerit". L. 8 §. 1 D. de B. P. s. t. 37. 11.

[2] Pr. I. h. t. — „*Titius filius meus heres mihi esto; si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit* (id est pubes factus sit), *tunc Seius heres esto*". L. 1 §. 1 D. h. t.

[3] S. 559 Note 12.

[4] S. 559 Note 13.

[5] Das Vermögen des Gewalthabers hat eben dadurch, daß das Kind sein Erbe geworden ist, aufgehört, Vermögen des Gewalthabers zu sein, und ist Vermögen des Kindes geworden. Es besteht also auch in diesem Falle zwischen der Pupillar- und der Vulgarsubstitution nur eine Uebereinstimmung der äußern Erscheinung, nicht des innern Wesens.

[6] L. 2 D. h. t. (Note 1). Pr. i. f. I. h. t.: — „nam moribus institutum est, ut cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant". S. auch §. 1. 2 eod. Gai. II. 180: — „quo casu si . . heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus". L. 10 §. 5 D. h. t., l. 8 §. 1 D. de B. p. s. t. 37. 11, und viele andere Stellen.

[7] Dieß wird anerkannt von: Francke Recht der Notherben S. 458 fg., Keller Institut. §. 288 und Pand. §. 488, H. Pernice Jahrb. d. gem. R. I S. 239, Brinz S. 779, Vangerow §. 452 Anm. (S. 177), und den übrigen von diesem Letzteren Citirten. Baron a. a. O. hat diesen Gedanken dahin auszubilden versucht, daß (im Falle der Einsetzung des Kindes) sofort mit dem Tode des Gewalthabers wie das Kind so der Pupillarsubstitut, beide als Einheit,

ursprüngliche des römischen Rechts gewesen ist[8]; jedenfalls zeigt das römische Recht in seiner letzten Ausbildung eine Reihe von Sätzen, welche sich nur aus dieser Auffassung erklären[9].

§. 559.

Die näheren Regeln für die Pupillarsubstitution sind folgende[1].

1. Das Recht zur Pupillarsubstitution steht, wie bemerkt, dem Vater gegenüber dem Kinde in der Gewalt zu[1a]. Das gleiche Recht wie der Vater hat aber der fernere Ascendent gegenüber dem Enkel in der Gewalt, vorausgesetzt, daß diese Gewalt eine unmittelbare ist[2]. Der Zeitpunkt, zu welchem Gewalt

---

Erben des Vaters seien, und sieht darin eine fernere Anwendung des von ihm aufgestellten Begriffs des „Gesammtrechtsverhältnisses". Vgl. I §. 169a Note 8 a. E., II §. 293 Note 1 g. E. §. 499 Note 6.

[8] Ich lege mir dieselbe in der Weise zurecht, daß das römische Recht sich die Herrschaft des Gewalthabers in seinem Hause (im römischen Sinne des Wortes) auch nach seinem Tode als fortlebend gedacht habe (also auch in Betreff des später in das Haus gebrachten Vermögens), solange der zur Nachfolge in diese Herrschaft Berufene sie selbst auszuüben nicht im Stande war. Wie der Gewalthaber sich für diese als fortdauernd gedachte Herrschaft einen Vertreter ernennen konnte (den tutor, II §. 433 Num. 1), so konnte er kraft derselben nach wie vor über das Hausvermögen als eigenes verfügen.

[9] S. §. 559 Num. 5. 6. 7. 8. S. auch l. 46 D. h. t. (Jemand ist zugleich vulgariter und pupillariter substituirt; dann ist ihm ein Legat auferlegt „si heres mihi esset"; er tritt als Pupillarsubstitut ein; es wird entschieden, daß er das Legat leisten müsse, „quum verum sit eum testatori heredem exstitisse"). Auf dieser Auffassung beruht es auch, daß es für die Pupillarsubstitution eine jedenfalls zulässige Formel war: — tum ille *mihi* heres esto". Cic. de invent. II. 42. de orat. II. 32, l. 1 §. 1 l. 41 §. 8 D. h. t., l. 8 §. 1 D. de B. p. s. t. 37. 11.

[1] Auslegungsregeln enthalten: l. 3. 8 §. 1 D. h. t.; l. 10 pr. D. h. t.; l. 9 D. h. t., l. 11 C. h. t. (Arndts S. 667 Anm. 84); l. 47 D. h. t. Vangerow II §. 453 Anm. 2). §. 559.

[1a] Auch gegenüber dem durch Adoption der Gewalt Unterworfenen, l. 10 §. 6 D. h. t. Nicht gegenüber dem emancipirten Kinde, l. 2 pr. D. h. t. Nicht der Mutter; dieselbe kann wie jeder Fremde den Zweck der Pupillarsubstitution nur auf dem Wege der Vulgarsubstitution bei bedingter Institution des Kindes, und nur für das Vermögen, auf welches sie das Kind instituirt, erreichen, l. 33 D. h. t.

[2] L. 2 pr. l. 41 §. 2 D. h. t. — Deßwegen ist es eine Ungenauigkeit, welche sich die Darstellung erlaubt, wenn sie statt von „Gewalthaber" oder

und Unmittelbarkeit der Gewalt vorhanden sein müssen, ist der des Todes des Gewalthabers, nicht der der Errichtung der Pupillarsubstitution[3]. Dem wirklich der Gewalt Unterworfenen steht aber gleich der erst nach dem Tode des Erblassers Geborene, welcher bei früherer Geburt unter seiner (unmittelbaren) Gewalt zur Zeit seines Todes gestanden haben würde[4]. Dadurch daß das Kind nach dem Tode des Gewalthabers in eine fremde väterliche Gewalt übertritt, wird die Pupillarsubstitution an und für sich ungültig[5]; jedoch wird sie indirect aufrechterhalten[6].

2. Die Pupillarsubstitution kann nicht auf den Fall des Todes des Kindes nach Erreichung des Pubertätsalters erstreckt[7], wohl aber auf den Fall des Todes vor Erreichung eines früheren Alters beschränkt werden[8].

3. Die Pupillarsubstitution braucht nicht ausdrücklich gemacht zu werden[9]. Sie ist im Zweifel nicht bloß in der Substitution im Allgemeinen (Substitution ohne nähere Bezeichnung)[10], sondern

---

„Ascendent" von „Vater" spricht; aber sie erzielt dadurch eine größere Faßlichkeit.

[3] L. 2 pr. l. 41 §. 2 D. h. t. L. 41 §. 2 cit.: — „si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita". L. 2 pr. cit.: — „Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum . . adoptaverit . .". v. Löhr Arch. f. civ. Pr. IX. S. 112 fg., Mühlenbruch S. 371 fg.

[4] L. 2 pr. D. h. t., §. 4 i. f. I. h. t.

[5] L. 17 §. 1 D. de adopt. 1. 7.

[6] Insofern nämlich überhaupt dem Arrogator eines Geschlechtsunreifen die Verpflichtung obliegt, im Fall der impubes vor erreichter Geschlechtsreife stirbt, sein Vermögen denjenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation erhalten haben würden (II §. 524 Note 5). L. 19 pr. D. de adopt. 1. 7, l. 40 D. h. t. Die Meinung, daß die Pupillarsubstitution direct aufrecht erhalten werde (Sintenis III §. 175 Note 7, Puchta §. 478 a. E., vgl. Schirmer S. 203—204), halte ich nicht für begründet.

[7] L. 7. 14 D. h. t., §. 8 I. h. t.

[8] L. 21. 38 §. 1 D. h. t.

[9] Vgl. zum Folgenden: v. Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 119 fg. (1830). Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 13 (1855). Elvers Arch. f. prakt. RW. IV Nr. 1 u. S. 150 (1857). H. Pernice Jahrb. d. gem. R. I. 7 (1857). W. Munzinger Causa Curiana vor dem römischen Centumviralgericht und die testamentarische Substitution (Inauguraldissertation, s. a.) Mühlenbruch XL S. 291 fg. Vangerow II §. 453 Anm. 1.

[10] Es ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser trotz seiner unge-

auch in der gewöhnlichen Substitution enthalten[10], wie umgekehrt diese in jener[11].

---

nauen oder nicht gehörig genauen Ausdrucksweise nicht bloß eine gewöhnliche, sondern auch eine Pupillarsubstitution habe anordnen wollen. L. 4 pr. §. 1 D. h. t., l. 4 C. h. t. Es ist dieß eine vom römischem Recht aufgestellte Rechtsvermuthung, welche ihren Grund hat theils in der Gewöhnlichkeit der Verbindung beider Arten der Substitution (substitutio duplex, vgl. l. 1 §. 1 D. h. t.), theils in der Betrachtung, daß nicht abzusehen sei, warum der Erblasser den Substituten dem in Ermangelung desselben Eintretenden nicht für jeden Fall habe vorziehen wollen, für welchen er ihn vorziehen konnte. Diese Rechtsvermuthung kann aber, wie jede Rechtsvermuthung, durch Gegenbeweis gebrochen werden (nicht dadurch, daß der Wille des Testators nur zweifelhaft gemacht wird, wie in Beziehung auf einen in der Praxis vorgekommenen Rechtsfall Elvers a. a. O. auszuführen gesucht hat, s. auch v. Wening-Ingenheim S. 152, Munzinger S. 20 fg. — dagegen Fuchs a. a. O., Pernice S. 219 fg.), und einen solchen Gegenbeweis finden die Quellen namentlich darin, das mit der dem impubes gemachten Substitution eine andere verbunden worden ist, welche nur als Vulgarsubstitution bestehen kann. L. 4 §. 2 l. 45 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 6 C. de test. mil. 6. 21, l. 4 C. h. t. Die Meinung von Pernice a. a. O. S. 229 fg., daß in diesen Stellen positive Satzung, nicht Willensauslegung enthalten sei, ist ungegründet. Eher enthält positive Satzung, obgleich doch auch sie sich als Schlichtung eines Streites über Willensauslegung ankündigt, l. 9 C. de inst. et subst. 6. 25 (Einsetzung der Ehefrau für einen, des von ihr zu gebärenden Kindes für den andern Theil; Substitution für den letzteren Theil falls kein Kind geboren werden sollte; es wird ein Kind geboren, aber dasselbe stirbt vor der Pubertät: die Mutter soll als Intestaterbin dem Substituten vorgehen). Gegen die Versuche, welche man gemacht hat, die Entscheidung dieser Stelle zu verallgemeinern, s. Mühlenbruch S. 295 fg., Pernice S. 223 fg., Vangerow §. 453 Anm. 1. Vgl. Seuff. Arch. X. 270. — Ausnahme auch beim Soldatentestament (Mühlenbruch S. 297, Vangerow a. a. O.)? Durch l. 6 C. de test. mil. 6. 21 wird diese Ausnahme gewiß nicht, und durch l. 8 C. h. t. kaum bewiesen.

[11] So war bereits im Jahre 661 d. St. von den Centumvirn entschieden worden in einem zu außerordentlicher Berühmtheit gediehenen Rechtsstreit zwischen M'. Curius und M. Coponius, von welchen Cicero an vielen Stellen spricht (z. B. de or. II. 39, pro Caecina 18, s. auch Quinctil. instit or. VII. 6); vgl. Mühlenbruch XL S. 267 fg., Pernice S. 233 fg., Munzinger S. 1 fg. Später ist dieser Satz auch durch ein Rescript von Marcus und Verus anerkannt worden, l. 4 pr. D. h. t. Nichtsdestoweniger hat man ihn bestritten, so unter den Neueren Wening-Ingenheim a. a. O. S. 153 fg.; s. dagegen Mühlenbruch S. 269 fg., Vangerow II §. 451 Anm. 1 und die das. Genannten. Wegen l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5 bestreitet ihn auch Pernice S. 237 fg. für den Fall, wo der Pupill durch Geltendmachung

4. Die Pupillarsubstitution setzt nicht Einsetzung des Kindes voraus[12], und ergreift um so mehr, wenn das Kind eingesetzt worden ist, auch das später von demselben erworbene Vermögen[13]. Nur derjenige Gewalthaber, welcher es durch Arrogation geworden ist, kann dem Kinde auf nicht Mehr substituiren, als das Kind durch ihn erworben hat[14].

5. Dagegen setzt die Pupillarsubstitution allerdings voraus, daß der Gewalthaber sich irgend Jemanden zum Erben ernenne[15]. Die Pupillarsubstitution ist überhaupt, wenn sie auch äußerlich in einer besonderen Schrift[16], ja in einem besonderen Testamente[17], errichtet werden kann, rechtlich nichts als ein Bestandtheil des väterlichen Testaments[18], tritt nicht eher in Wirksamkeit, als dieses,

---

des beneficium abstinendi wieder aufhört, Erbe zu sein, s. dagegen Vangerow a. a. O. — Auch für diese Präsumtion wird die in der vorigen Note bezeichnete Frage aufgeworfen, ob sie nur durch Gegenbeweis gebrochen werden kann, oder schon dadurch, daß Umstände nachgewiesen werden, welche den Erstreckungswillen zweifelhaft machen. S. die Citate das.

[12] Die Pupillarsubstitution besteht auch bei Enterbung des Kindes. L. 1 §. 2 l. 10 §. 5 D. h. t., §. 4 I. h. t. Eine andere Frage ist es, ob das Kind auch nach neuestem Recht noch in der Lage sein kann, gültig enterbt zu werden. Vgl. §. 590. Jedenfalls wird nach neuestem Recht durch eine ungültige Enterbung so wenig wie durch Uebergehung des Kindes auch die Pupillarsubstitution ungültig gemacht, Nov. 115 c. 3 i. f. c. 4 i. f. Vgl. §. 591 Note 16.

[13] L. 10 §. 5 D. h. t. Trennung beider Vermögensmassen ist nur dem Soldaten gestattet, l. 10 §. 5 cit.

[14] L. 10 §. 6 D. h. t., l. 22 §. 1 D. de adopt. 1. 7. Es heißt in der ersten Stelle: „ad substitutum . . non *debere pertinere* ea, quae haberet si adrogatus non esset“; in der zweiten: „Sed an impuberi adrogatus substituere *possit*, quaeritur; et puto *non admitti* substitutionem . .“. Hiernach verdient die Meinung, welche in diesem Falle directe Ungültigkeit der Substitution behauptet (Sintenis §. 175 Anm. 7), den Vorzug vor der andern Meinung, welche auch in diesem Falle (vgl. Note 6) nur eine obligatorische Verpflichtung zur Herausgabe will eintreten lassen (Mühlenbruch XL S. 410 fg., Baron a. a. O. S. 517).

[15] L. 1 §. 3 l. 2 §. 1. 4 vgl. §. 5. 6 D. h. t., §. 5 I. h. t.

[16] Gai. II. 181, §. 3 I. h. t., l. 8 D. test. quemadm. aper. 29. 3, l. 8 §. 4 D. de B. P. s. t. 37. 11.

[17] L. 16 §. 1 l. 20 §. 1 D. h. t. In diesem Falle muß aber das väterliche Testament vorhergehen, l. 2 §. 4 D. h. t.

[18] §. 2 I. h. t. (Gai. II. 180): — „in pupillari substitutione . . duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si

und steht und fällt mit demselben[19]. Nur die von einem Soldaten errichtete Pupillarsubstitution besteht selbständig für sich, wie es ja dem Soldaten gestattet ist, auch in Betreff seines wirklich eigenen Nachlasses bloß theilweise zu verfügen[19a].

6. Ausschließung der Notherben ist Ungültigkeitsgrund für die Pupillarsubstitution nicht, weder Ausschließung der Notherben des Gewalthabers, noch Ausschließung der Notherben des Kindes[19b].

7. Der Pupillarsubstitut erwirbt die Kindeserbschaft als wenn sie väterliche Erbschaft wäre. Ist er daher dem Vater gegenüber nothwendiger Erbe, so ist er es auch dem Kinde gegenüber[20]; [21] ist er vom Vater zugleich zum Erben eingesetzt, so tritt

ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum id est duarum hereditatum". L. 2 §. 4 l. 20 pr. D. h. t., l. 2 §. 2 D. de H. v. A. V. 18. 4.

[19] L. 10 §. 4 D. h. t.: — „nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas". L. 2 §. 1 D. h. t., l. 41 §. 5 D. de test. mil 29. 1. L. 16 §. 1 D. h. t.: — „si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur". L. 2 pr. D. h. t.: — „si principale ruptum sit testamentum (durch Eintritt eines Notherben), et pupillare evanuit". Doch wird freilich dieser Satz nicht unbedingt durchgeführt. Vgl. §. 591 Note 15 und l. 2 §. 1 i. f. D. h. t., l. 12 D. eod., l. 42 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2.

[19a] L. 2 §. 1 D. h. t., l. 41 §. 5 D. de test. mil. 29. 1.

[19b] L. 8 §. 5 D. de inoff. 5. 2. „Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit . . . nec patris frater, quia filii testamentum est . .". C. 1 de test. in VI° 3. 11. Ueber die Frage, ob dieß nicht für die Notherben (Ascendenten) des impubes durch Nov. 115 geändert worden sei, s. einerseits Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 85—86; Francke Recht der Notherben S. 456 fg., andererseits Thibaut Arch. f. civ. Pr. V S. 346 fg., Fuhr in seinen und Hoffmann's civilist. Versuchen S. 89 fg., Mühlenbruch XL S. 391 fg., Vangerow §. 453 Anm. 3, Holzschuher II §. 164 Nr. 7. Seuff. Arch. VI. 222. Ueber die Meinung, daß auch nach Pandektenrecht der Gewalthaber wenigstens die gemeinschaftlichen Notherben berücksichtigen müsse (Zimmern a. a. O. S. 83 fg.), s. Vangerow a. a. O. und die daselbst Genannten.

[20] L. 2 §. 4 D. h. t.: — constat . . unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios eosdem etiam filio faciat . .". L. 10 §. 1 eod. L. 42 pr. i. f. de A. v. O. H. 29. 2: — „si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet".

[21] Vgl. zum Folgenden bis zum Ende dieser Nummer: Warnkönig in seiner und Roßhirt's Zeitschr. II S. 1 fg. (1834). Mühlenbruch XL

er in der väterlichen Erbschaft auch die Kindeserbschaft an[22], und umgekehrt. Ebenso schlägt er in der väterlichen Erbschaft auch die Kindeserbschaft aus, und umgekehrt[23]; doch gibt es von diesem Satze Ausnahmen[24]. Um so weniger ist es dem Pupillarsubstituten gestattet, die in der Kindeserbschaft enthaltene väterliche Erbschaft von dieser zu trennen[25].

S. 419 fg. (1838). v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XXII. 13 (1839). Warnkönig Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 10 (1843). Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 328 fg. (1854). Arndts RLex. X S. 669—670 (1856). Baron a. a. O. S. 503 fg. (1864). Vangerow (Lehrb.) II §. 454 Anm. [Schlayer Arch. f. civ. Pr. LIII. 2 (1871).]

22 L. 59 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit . .". L. 20 C. de iure delib. 6. 30. Gegen die Meinung, daß durch den Antritt der väterlichen Erbschaft dem Antretenden die Kindeserbschaft gegen seinen Willen nur dann erworben werde, wenn das Kind auch Erbe des Vaters geworden sei (von Neueren Warnkönig Roßhirt's Zeitschr. S. 4 fg. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. S. 295), s. Mühlenbruch S. 436, v. Löhr S. 339 fg., Baron S. 512. 513, Vangerow Lehrb. Nr. I. 1.

23 L. 10 §. 3 D. h. t. „Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum". Die Ansicht Baron's S. 507 fg., daß hier dem Substituten nur verboten werde, die väterliche und die Kindeserbschaft zu trennen, nicht aber, aus der Pupillarsubstitution beide zusammen zu erwerben, thut der Stelle zu viel Gewalt an, als daß sie auf Beifall rechnen dürfte. S. auch Vangerow Nr. I. 2. a.

24 a) Jedenfalls für den Fall, wo das Kind nicht Erbe des Vaters geworden ist, l. 10 §. 4 D. h. t. (*vv.* cum non haberet substitutum), l. 40. 41 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 27 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1 (auch l. 27 §. 2 eod. ist auf den Fall zu beziehen, wo das Kind enterbt ist, und in l. 11 §. 1 D. eod. ist, wenn die Stelle nicht alles innern Zusammenhangs entbehren soll, statt *cum* filio zu lesen *exheredato* filio, vgl. Vangerow Arch. S. 338 fg.); b) wenn der Substitut nothwendiger Erbe ist, auch für den Fall, daß das Kind Erbe des Vaters geworden ist, so jedoch, daß in diesem Falle von der Kindeserbschaft getrennt wird, was in ihr von der väterlichen Erbschaft enthalten ist, l. 12 D. h. t. Doch ist dieser Punkt sehr streitig, S. Vangerow Nr. I. 2. b und die das. Genannten, namentlich auch Baron S. 520 fg., ferner Mühlenbruch XL S. 443 fg., Sintenis II §. 175 Note 28.

25 L. 10 §. 2 D. h. t. „Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest: sed aut utriusque

8. [26]Die Vermächtnisse, welche der Vater dem Pupillarsubstituten auferlegt, gelten als Vermächtnisse, welche der Vater auf seine eigene Erbschaft legt; aber als väterliche Erbschaft gilt hier nicht das vom Kinde, sondern das vom Vater hinterlassene Vermögen[27]. Daher braucht der Pupillarsubstitut die ihm auferlegten Vermächtnisse nie von dem Vermögen zu entrichten, welches das Kind nach dem Tode des Vaters erworben hat[28]. Dagegen muß er sie von dem vom Vater hinterlassenen Vermögen, soweit das Kind auf dasselbe eingesetzt ist[29], entrichten unabhängig von etwaigen Verminderungen, welche dieses Vermögen später in der

---

debet hereditatem habere aut neutrius; iuncta enim hereditas coepit esse". L. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5 (*vv.* At cum institutus *cett.*). Hat aber das Kind sich der väterlichen Erbschaft entschlagen, so wird sie auch dem Substituten nicht aufgedrängt, wenn er gleich die Erbschaft des Kindes nimmt. L. 42 D. de A. v. O. H. 29. 2. Doch war in der römischen Jurisprudenz auch eine strengere Meinung vertreten, nach welcher der Substitut auch in diesem Falle die beiden Erbschaften nicht trennen konnte, l. 42 cit., l. 28 cit. (Uebrigens hat es nicht an Versuchen gefehlt, die zuletzt genannte Stelle so zu erklären, daß der Widerspruch gegen die recipirte Meinung verschwindet; s. namentlich Mühlenbruch S. 410 fg. — andererseits Löhr S. 328 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 89 fg., Baron S. 488 fg. 513, Vangerow Nr. II.)

[26] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch XL S. 395 fg. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VI. 11. VII. 2. Herrmann das. VIII. 14. Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 221 fg. und Lehrb. II §. 521 Anm. 2. Baron a. a. O. S. 461. 462. Das Eingreifen des Falcidischen Gesetzes bleibt an diesem Orte unberücksichtigt.

[27] L. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2: „In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit; sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset". L. 11 §. 5 D. eod.

[28] L. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2 (Note 27), l. 11 §. 5 eod., l. 87 §. 7 i. f. eod. (— „est enim rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti habeat testator, quam habuerat in eo, cui eum substituebat"), l. 126 pr. D. de leg. I° 30.

[29] Soweit das Kind auf dasselbe eingesetzt ist: nicht soweit das Kind aus dem Vermögen des Vaters etwas durch Vermächtniß des Vaters oder durch Beerbung eines Andern, welchen der Vater eingesetzt hat, erhalten hat. L. 41 §. 3 D. de test. mil. 29. 1, l. 87 §. 7 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 24 C. de

Hand des Kindes erlitten hat[30]: und er muß sie entrichten nicht bloß von Demjenigen, was er von dem väterlichen Vermögen indirect durch die Einsetzung des Kindes, sondern auch von Demjenigen, was er von demselben durch directe Zuwendung des Vaters erhalten hat[31], Sind auch dem Kinde Vermächtnisse auferlegt, so werden diese mit den dem Pupillarsubstituten auferlegten zusammengerechnet[32].

9. Relative Erbunfähigkeit (Erwerbunfähigkeit) des Pupillarsubstituten dem Vater oder dem Kinde gegenüber kommt in Betracht nur für das von Diesem oder Jenem herrührende Vermögen[33].

c. Die Quasipupillarsubstitution.

§. 560.

Nach Analogie der Pupillarsubstitution können Ascendenten ihren geisteskranken Descendenten einen Erben für den Fall ernennen, daß dieselben im Wahnsinne versterben sollten[1]. Sie müssen aber den Erben aus den geistesgesunden Descendenten des Geisteskranken, in Ermangelung solcher aus ihren eigenen geistesgesunden Descendenten nehmen, und erst wenn auch solche letztere nicht vorhanden sind, sind sie in der Wahl des Erben unbeschränkt[2]. Auch müssen sie dem Descendenten, welchem sie

---

leg. 6. 37; l. 87 §. 7 cit., l. 103 pr. D. de leg. III° 32 (wo statt „si pater exheredato filio *substituit* heredem extraneum" offenbar zu lesen ist „*instituit*").

[30] L. 79 D. ad leg. Falc. (Note 27), l. 11 §. 5 l. 87 §. 7 eod.

[31] L. 11 §. 8 D ad leg. Falc. 35. 2, l. 41 §. 6 D. h. t. 28. 6.

[32] L. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2 (Note 27), l. 11 §. 5 eod., l. 1. §. 12 l. 31 eod.

[33] L. 6. 11 D. h. t. 28. 6.

§. 560. [1] S. g. substitutio quasi-pupillaris oder exemplaris („ad exemplum pupillaris substitutionis", s. die sogleich citirten Stellen) oder Iustinianea. Dieselbe beruht auf einer Constitution Justinian's vom Jahre 528, der l. 9 C. h. t., über welche die Institutionen berichten in §. 1 I. h. t. — Literatur: Unterholzner Arch. f. civ. Pr. II. 5 (1819). v. Löhr das. V. 3 (1822). Thibaut das. V S. 337 fg. (1822). v. Löhr das. IX. 7 Nr. I—III (1826). Thibaut das. X. 10 (1827). Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XL S. 475—490. XLI S. 1—44 (1838. 1840). Arndts RLex. III S. 672—674 (1856). Vangerow II §. 456 Anm., Sintenis III §. 176, Holzschuher II §. 165. Außerdem gibt es über diesen Gegenstand zwei neuere Inauguralabhandlungen, von Düffer, Halle 1848, und von Hüffer, Breslau 1853.

[2] L. 9 C. cit.

einen Erben ernennen, aus ihrem Vermögen den Pflichttheil hinterlassen[2]. Gewalt des Testators über den Geisteskranken ist nicht erforderlich[3]. Die Erbeseinsetzung für den Geisteskranken ergreift, wie die Pupillarsubstitution, nicht bloß das ihm von dem Ascendenten hinterlassene, sondern auch das von ihm anderweitig erworbene Vermögen[4], setzt aber andererseits auch, wie jene, voraus, daß der Testator sich selbst ein Testament errichte[5]. Jedoch

---

[3] L. 9 C. cit. *vv.* „parenti qui vel quae testatur", — „testatori vel testatrici".

[4] Dieß ist die herrschende Meinung. Dieselbe ist aber angefochten worden von Unterholzner, Löhr, und namentlich von Vangerow a. a. OO.; ferner von Puchta Erlanger Jahrb. V S. 284 fg. Gewohnheitsrecht II S. 68 fg. Lehrb. §. 479 und Vorl. dazu, Fritz in seiner Ausgabe von Wening-Ingenheim's Lehrbuch §. 475 Note h, Fuhr in seinen und Hoffmann's civil. Versuchen S. 84 fg., Vering S. 358 fg., Keller §. 490. Dawider und für die herrschende Meinung die übrigen Genannten, ferner Francke Notherbenr. S. 463 fg., Mayer I §. 41. Die Dissentienten stimmen darin überein, daß Justinian dem Ascendenten das Substitutionsrecht nur für das von ihm dem Geisteskranken hinterlassene Vermögen habe geben wollen, sind aber darin unter sich uneins, ob unter der Substitution, zu welcher ihm die Befugniß eingeräumt worden sei, eine directe Substitution (Erbeseinsetzung) oder nur eine fideicommissarische Substitution verstanden werden dürfe. Ich halte weder die eine noch die andere dieser Meinungen für gerechtfertigt; die Verweisung Justinian's auf die Analogie der Pupillarsubstitution scheint mir trotz alles Dessen, was gegen dieses Argument vorgebracht worden ist, jeden Zweifel auszuschließen. Uebrigens wollen die Dissentienten nicht alle aus der von ihnen vertretenen Interpretation auch praktische Folgen ziehen, sondern geben theilweise entweder ein entgegenstehendes festes Gewohnheitsrecht zu (Puchta), oder doch eine so entschiedene communis opinio „(daß) es . . kaum gebilligt werden (dürfte), wenn ein einzelner Richter seine individuelle Meinung (derselben) entgegenstellen wollte" (Vangerow).

[5] Auch dieß ist bestritten, so von Löhr Arch. f. civ. Pr. V S. 112, Wening-Ingenheim §. 465. o. Aber es folgt nicht bloß aus der Analogie der Pupillarsubstitution, sondern auch aus der speciellen Vorschrift der l. 9 cit., daß dem Kinde der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, damit nicht aus diesem Grunde (das väterliche Testament und damit) die Substitution angefochten werden könne, „ut occasione huiusmodi substitutionis querela nulla contra testamentum eorum oriatur". Freilich ist dieß nicht die gewöhnliche Auslegung dieser Worte (andere Auslegungen: es soll in der Anordnung der Substitution keine Belastung des Pflichttheils gefunden werden dürfen; es soll bei der Substitution auf Pflichttheilsberechtigte keine Rücksicht genommen zu werden brauchen).

ist nicht nur über die beiden zuletzt genannten[6], sondern auch noch über manche andere Punkte in dieser Lehre Streit[7]. —

Mit landesherrlichem Privilegium kann ein Vater auch für sein aus anderen Gründen testirunfähiges Kind einen Erben ernennen. Diese Erbeseinsetzung verliert aber ihre Kraft nicht bloß durch Aufhören des Zustandes der Unfähigkeit, sondern auch dadurch, daß dem Kinde eine Notherbe geboren wird[8].

d. Zusätzliches.

§. 561.

Wenn man auch von einer fideicommissarischen Substitution spricht[1], so ist dieselbe keine Erbeseinsetzung, sondern Anordnung eines Vermächtnisses, durch welches einem Eingesetzten die Verpflichtung auferlegt wird, die ihm zugewendete Erbschaft für einen gewissen Fall oder nach einer gewissen Zeit einem Dritten herauszugeben[2]. Es muß aber als ein Vermächtniß dieser Art nach

---

[6] S. die beiden vorhergehenden Noten.

[7] So namentlich über die Frage, wie es zu halten sei, wenn mehrere Ascendenten von ihrem Substitutionsrecht Gebrauch machen. Ueber diese Frage gibt es einen besonderen Aufsatz von Haimberger im Arch. f. civ. Pr. XII. 18, und s. die Uebersicht über die verschiedenen Ansichten bei Vangerow II §. 456 Nr. 4. Mir scheint es am Meisten im Sinn des römischen Rechts zu sein, daß dem Vater der Vorzug vor der Mutter (wie bei der Erziehung, II §. 514 Num. 3), und demnach den väterlichen Großältern vor den mütterlichen, wieder mit Vorzug des Mannes vor der Frau, gegeben werde, mit der Maßgabe jedoch, daß die Substitution eines andern Ascendenten für das von ihm dem Kinde hinterlassene Vermögen als fideicommissarische aufrecht erhalten wird (§. 561 Note 3). Andere fügen diese letztere Modification nicht hinzu; oder lassen die mehreren Substitutionen neben einander bestehen, so daß die Substituten Miterben werden sollen, wobei wieder entweder jedem Ascendenten das von ihm herrührende Vermögen vorbehalten wird oder nicht; oder lehren, daß die Substitution des Längstlebenden vorgehe.

[8] L. 43 pr. D. h. t. 28. 6. Diese Stelle nennt nur den Fall der Stummheit (§. 539 Num. 3); die Ausdehnung auf den Fall der Interdiction wegen Verschwendung (§. 539 Num. 2) ist nicht zu gewagt. Vgl. Mühlenbruch XL S. 477 fg., Sintenis § 176 z. A.

§. 561. [1] Diese Bezeichnung ist bereits den Quellen nicht fremd. L. 41 §. 3 D. h. t., l. 15 eod. (*vv. directo* substituit), §. ult. I. de pupillari 2. 16 (*vv. ita* substituere nemo potest . . sed . .").

[2] §. ult. I. de pupillari 2. 16. „Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres exstiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed hoc solum ei permis-

dem Willen des Erblassers auch die directe Substitution aufrecht erhalten werden, welche als Pupillar- oder Quasipupillarsubstitution nicht zu Recht bestehen kann[3]. — Für die in einem Soldatentestamente gemachte Substitution bedarf es einer solchen Conversion nicht; sie wirkt als Erbeseinsetzung[4].

3. Die Enterbung.

§. 562.

Die Enterbung[1], die ausdrückliche Erklärung, daß Jemand nicht Erbe sein solle, ist regelmäßig nicht nothwendig, um den Enterbten von der Erbschaft auszuschließen; wer nicht zum Erben eingesetzt wird, ist von der Erbschaft ausgeschlossen eben dadurch,

sum est, ut eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem eius vel totam vel pro parte restituere . .".

[3] Dieß entspricht nicht der herrschenden Meinung (vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 382, Puchta §. 476. g). Aber es ist die nothwendige Consequenz aus dem, was oben (§. 554 Note 19, §. 555 Note 1) über die Behandlung der auflösenden Bedingung und Befristung gesagt worden ist. Hier kommt hinzu, daß nach l. 76 D. ad SC. Treb. 36. 1 eine Substitution als Fideicommiß sogar bei Mangel der Form aufrecht erhalten werden soll; die Behauptung Fein's Forts. von Glück XLV S. 212 fg., die Entscheidung dieser Stelle habe ihren Grund in der Annahme, daß der Erblasser ein Fideicommiß habe errichten wollen (darauf kommt Fein's Erklärung hinaus), scheint mir ohne Halt (über andere Erklärungen s. das. Anm. 39, auch Holzschuher II §. 163 Nr. 12). Ein Gegengrund könnte nur aus l. 8 C. h. t. hergenommen werden, wo die über das Alter der Geschlechtsunreife hinausgreifende Substitution, wie es scheint, nur auf Grund des Soldatenprivilegiums als Fideicommiß aufrecht erhalten wird, aber s. Note 4. Und s. auch c. 1 de test. in VI° 3. 11: — „quamquam directa (sc. substitutio) interdum ad fideicommissum ex causa trahatur" (welche Worte im Gegensatz zu einer gültigen Pupillarsubstitution gesagt sind). Nach der hier vertretenen Ansicht ist entschieden bei Seuff. Arch. III. 345.

[4] L. 15 D. h. t., l. 41 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, l. 6 C. eod. 6. 21, l. 41 pr. D. eod. 29. 1. Es ist nicht zu leugnen, daß l. 8 C. h. t. eine über das Alter der Geschlechtsreife hinausgreifende Substitution zur Wirksamkeit nicht direct, sondern auf dem Wege des Fideicommisses bringt; aber angesichts der zuvor genannten Quellenzeugnisse kann in dieser Stelle im Zusammenhang der Compilation nicht der Sinn gefunden werden, daß directe Wirkung ausgeschlossen sein solle. A. M. Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 109 fg. (vgl. §. 554 Note 19).

[1] Exheredatio §. 562.

daß er nicht eingesetzt ist [2]. Nothwendig ist die Enterbung nur bei gewissen Notherben: dieselben sind nicht gültig ausgeschlossen, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind [3].

Ist in einem Testamente eine und dieselbe Person zugleich zum Erben eingesetzt und enterbt, so ist der wirklche Wille des Erblassers durch Auslegung zu bestimmen, und danach wird regelmäßig der späteren Verfügung vor der früheren der Vorzug zu geben sein [4]. Auch darin liegt eine die Erbeseinsetzung aufhebende Enterbung, daß statt des Eingesetzten ein Anderer, schlechthin oder für einen gewissen Fall [5], zum Erben eingesetzt wird.

---

[2] L. 134 pr. D. de V. O.: — „exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas“.

[3] Hierauf speciell beziehen sich die von der Enterbung handelnden Titel der Institutionen (2. 13), der Pandekten (28. 2), und des Codex (6. 28. 29). S. im Uebrigen das Notherbenrecht.

[4] Für das römische Recht ist dieß nicht unzweifelhaft. Unzweifelhaft ist nur, daß wenn ein cum cretione Eingesetzter für den Fall des Nichtcernirens enterbt war, er durch gewöhnlichen Erbschaftsantritt zur Erbschaft nicht gelangen konnte (Gai. II. 165. 166, Ulp. XXII. 27. 30), und aus l. 44 D. de her. inst. 28. 5 geht hervor, daß überhaupt in der Enterbung für den Fall der Nichterfüllung einer auf die Erbeseinsetzung gelegten Auflage eine wirksame Zurücknahme der Erbeseinsetzung gefunden wurde. Dagegen ist es bestritten, ob auch gegenüber der einfachen Erbeseinsetzung einer späteren Enterbung Kraft beigelegt worden sei. Vgl. einerseits Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVI S. 393 fg., welcher dagegen, andererseits Arndts RLex. III S. 885—887, welcher dafür ist. Die Stellen, auf welche es hier ankommt sind: l. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1, l. 13 §. 2 D. de lib. et post. 28. 2, l. 1 §. 4 D. de his quae in test. 28. 4, l. 67 D. de her. inst. 28. 5 (vgl. mit l. 27 §. 1 D. eod.), l. 21 D. de lib. et post. 28. 2. Jedenfalls, wenn auch das römische Recht in einem solchen Fall für die Erbeseinsetzung entschieden hat, beruht dieß nur auf dem großen Schwergewicht, welches für die römische Auffassung die Ernennung zum heres hatte, und daher darf diese Entscheidung für das heutige Recht in gleicher Weise bei Seite gestellt werden, wie die Entscheidung, daß die bedingte Erbeseinsetzung des früher unbedingt Eingesetzten die unbedingte Einsetzung nicht aufhebe (§. 554 Note 15). Vgl. noch Seuff. Arch. XI. 65.

[5] So nach heutigem Recht, nach dem am Schluß der vorigen Note Gesagten, während nach römischem Recht die Erbeseinsetzung durch die bloße Erbeseinsetzung eines Andern ebensowenig zurückgenommen werden konnte, wie durch die fernere Erbeseinsetzung des Eingesetzten selbst. Gai II. 177, Ulp. XXII. 34.

E. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testamentes *.

1. Ueberhaupt.

§. 563.

Als Gründe der Ungültigkeit eines Testamentes[1] ergeben sich aus dem im Vorstehenden Gesagten: 1) Mangel der Fähigkeit des Testators (§. 539); 2) Mangel der Form der Errichtung (§. 540—545)[2]; 3) Mangel einer gültigen Erbeseinsetzung (§. 538 Note 5, §. 546—549). Als fernerer Ungültigkeitsgrund ist hier hinzuzufügen: 4) Uebergehung eines Notherben, wovon näher in einem besonderen Abschnitte gehandelt werden wird (§. 575 fg.)[3].

---

* Inst. 2. 17 quibus modis testamenta infirmantur. Dig. 28. 3 de iniusto rupto irrito facto testamento. — Mayer §. 30—33. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 118—487. XXXIX S. 1—115. Heimbach im RLex. X S. 922 fg. Sintenis III. §. 179. 180, Vangerow II §. 457—460, Unger §. 22—25. §. 563.

[1] Die Quellen gebrauchen zur Bezeichnung der Ungültigkeit des Testamentes die Ausdrücke: testamentum nullum, nullius momenti, irritum, iniustum, non iure factum. Doch haben diese Ausdrücke theilweise die Neigung, sich auf besondere Ungültigkeitsgründe zu beschränken. So namentlich der Ausdruck testamentum irritum, s. Note 4. 8, und vgl. §. 5 I. h. t. (Gai. II. 146). S. auch Note 2.

[2] Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 126—134. Ein wegen Mangels der Form ungültiges Testament wird speciell testamentum non iure factum genannt in l. 1 D. h. t. („Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt . ."). S. andrerseits l. 6 pr. D. de lege Corn. de falsis 48. 10: — „non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur", ferner pr. §. 5 I. h. t., u. a. Stellen m. — Ein Testament, dessen Form nicht zum Abschluß gekommen ist, heißt speciell testamentum imperfectum. L. 6 pr. D. de lege Corn. de fals. 48. 10, l. 3 D. de test. mil. 29. 1, §. 7 I. h. t. — Nichtbeobachtung von Formen, welche nicht gesetzlich vorgeschrieben sind, sondern welche der Erblasser sich selbst auferlegt hat, ist gleichgültig. Seuff. Arch. XXII. 55.

[3] Fällt der Notherbe vor dem Tode des Erblassers weg, so hört damit auch die Ungültigkeit des Testamentes wieder auf, wenn derselbe nur ein Anfechtungsrecht hatte, also im neuesten Recht immer (obgleich dieß freilich sehr bestritten ist, vgl. §. 591). Aber auch für die Nichtigkeit des älteren Rechts behauptete eine Partei der römischen Juristen, daß sie nur dann eintrete, wenn der Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden sei; Justinian hat die entgegengesetzte Meinung recipirt. Gai. II. 123, pr. I. de

Es kann auch ein von Anfang gültiges Testament hinterher seine Gültigkeit verlieren. Dieß geschieht:

1. dadurch, daß der Testator die zur Erbeseinsetzung nöthige Rechtsfähigkeit verliert[4]. Erlangt er aber vor seinem Tode die Rechtsfähigkeit wieder, so lebt auch sein Testament wieder auf[5]; nur muß er, wenn der Verlust der Rechtsfähigkeit mit seinem Willen eingetreten ist[6], nach wiedererlangter Rechtsfähigkeit seinen Willen, daß das früher errichtete Testament zu Recht bestehen soll, irgendwie an den Tag gelegt haben[7]. — Das Testament verliert ferner seine Gültigkeit

---

exh. lib. 2. 13, l. 8 D. de lib. 28. 2. Ueber die bestrittene Frage, ob nicht für den Fall des Wegfalls des Notherben der Prätor durch bonorum possessio secundum tabulas geholfen habe, s. Vangerow II §. 473 Anm. Nr. 2 und die daselbst Citirten.

[4] L. 6 §. 5—13 D. h. t., §. 4 I. h. t., l. 4. §. 5 C. de haer. 1. 5, c. 2 §. 1 in VI° de usur. 3. 5. Vgl. übrigens Mühlenbruch XXXIX S. 14 fg., Unger §. 23 Anm. 3. Ein in dieser Weise ungültig gewordenes Testament heißt speciell testamentum irritum. Vgl. §. 5 I. h. t. (Gai. II. 146). — Verlust der Willensfähigkeit und der Fähigkeit zum Ausdruck des Willens macht natürlich das früher errichtete Testament nicht ungültig (l. 6 §. 1 l. 20 §. 4 D. qui test. 28. 1, l. 1. §. 9 D. de B. P. s. t. 37. 11) und ebensowenig wird das Testament durch Interdiction wegen Verschwendung ungültig gemacht (l. 1 §. 9 cit., l. 18 pr. D. qui test. 29. 1, §. 2 I. h. t.), so daß also hier nur die natürliche Seite der Interdiction, nicht die juristische (Verlust des commercium, §. 539 Note 5), in Betracht kommt. — Uebrigens ist die praktische Bedeutung des im Text gelehrten Satzes eine verschwindend kleine; denn seine einzige sichere und unbestrittene Anwendung findet er im heutigen Recht nur noch im Fall der Arrogation des Erblassers. S. §. 539.

[5] Dieß ist aber erst durch den Prätor eingeführt worden, welcher trotz der civilrechtlichen Nichtigkeit des Testamentes bonorum possessio secundum tabulas ertheilte, §. 6 I. h. t. (Gai. II. 147), l. 1 §. 8 l. 11 §. 2 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 8 §. 3 D. de iure cod. 29. 7, l. 12 pr. D. h. t.

[6] Was eben bei der Arrogation der Fall ist.

[7] L. 11 §. 2 D. de B. P. s. t. 37. 11. — Das im Texte unter dieser Nummer Gesagte ist jedoch in mehr als einer Beziehung streitig. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 36 fg. (1837), Fabricius Ursprung und Entwicklung der Bonorum possessio S. 136 fg. (1837), v. Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzg. IV S. 452 fg. (1844), Leist die Bonorum possessio II. 1 S. 276 fg. II. 2 S. 303 fg. (1848), Fein Forts. von Glück XLIV S. 62 fg. XLV S. 770 fg. Anm. 31 (1851), Mayer §. 50 Anm. 2. 3, Puchta §. 462. f. und Vorll. dazu, Sintenis III §. 179 Anm. 6, Vangerow II §. 458 Anm. 1. 1) Jedenfalls ursprünglich war die dem eingesetzten Erben ertheilte bonorum

2. dadurch, daß keine in dem Testamente enthaltene Erbeseinsetzung zur Wirksamkeit gelangt [8];

possessio den mit einem civilen Intestaterbrecht versehenen Erben gegenüber sine re. Gai. II §. 147—149, l. 12 pr. i. f. D. h. t. 2) Die Behauptung, daß dies sich durch das von Gajus II §. 120 erwähnte Rescript Marc Aurel's geändert habe (v. Löhr, Mühlenbruch), ist gewiß ungegründet; dieses Rescript gewährte dem eingesetzten Erben eine doli exceptio gegen die civilen Intestaterben nur im Fall der Ungültigkeit des Testamentes wegen Formmangels. 3) Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob auch die Compilatoren den Vorzug der Intestaterben noch haben aufrecht erhalten wollen. Dagegen spricht §. 6 I. h. t., in welcher Stelle sie den §. 147 aus dem zweiten Buche des Gajus wiedergegeben haben, ohne von §. 148 und §. 149 irgendwie Notiz zu nehmen; dagegen sprechen ferner l. 1 §. 8 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 11 §. 2 eod., l. 8 §. 3 D. de iure cod. 29. 7, in welchen sämmtlichen Stellen der Satz von der Convalescenz des testamentum irritum als ein unbeschränkter vorgetragen wird (über l. 11 §. 2 cit. s. Num. 4; dafür spricht nur l. 12 pr. i. f. h. t, *vv.* „Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, *si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*". Aber den zuvor genannten Stellen gegenüber erscheint es schwer, in diesen Worten die eigentliche Willensmeinung der Compilatoren zu erblicken, und ich halte die Annahme nicht für zu gewagt, daß diese Worte nur aus Versehen nicht gestrichen worden sind. A. M. freilich Fabricius, Leist, Fein, Mayer, Vangerow. Gegen die Erklärung, welche Mühlenbruch S. 29 fg. von den fraglichen Worten gibt, s. Fein a. a. O. S. 63 Anm. 70; Puchta will durch Emendation helfen. 4) Das im Text in Betreff der Arrogation Gesagte ergibt sich aus l. 11 §. 2 D. de B. P. s. t. 37. 11. Es scheint mir vollkommen sicher, daß wie auch Fabricius und Mayer annehmen, in dieser Stelle der späteren Bestätigung des Testamentes lediglich die Bedeutung beigelegt wird, das Argument zu beseitigen, welches gegen die Gültigkeit des Testamentes daher entnommen werden könnte, daß der Erblasser dasselbe, indem er sich arrogiren ließ, zurückgenommen habe (voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse videtur"). Daß im gegebenen Falle keine civilen Intestaterben im Wege stehen, setzt der Verfasser der Stelle voraus. Dagegen sind Leist, Fein und Vangerow der Ansicht, daß es gerade die Beseitigung der Intestaterben sei, welche Papinian aus der Bestätigung herleite, und so gelangen Fein und Vangerow consequent zu dem Satze, daß die Bestätigung die Intestaterben überhaupt, nicht bloß im Falle der Arrogation, ausschließe. 5) Leist S. 271 leitet, offenbar ohne Grund, aus Gai. II. 147 den Satz her, daß nur bei capitis diminutio minima bonorum possessio ertheilt worden sei. 6) Nicht hierher gehört l. 6 §. 12 D. h. t, welche Stelle Mühlenbruch S. 27 geltend macht; dieselbe spricht nicht von einfacher Wiedererlangung der Rechtsfähigkeit, sondern von Wiederaufhebung des Verlustes derselben (in integrum restitutio gegen die Strafe, in Folge deren sie eingetreten ist).

[8] D. h. daß aus keiner der im Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen

3. durch die Geburt eines im Testamente übergangenen Notherben[9];

4. durch Aenderung des Willens des Erblassers. Hiervon ist im folgenden §. näher zu handeln[10]. —

Die Ungültigkeit des Testaments, ursprüngliche oder nachfolgende, kann, wie die eines jeden Rechtsgeschäftes, entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit sein. Beispiele der Anfechtbarkeit sind in §. 548 Num. 1 und 2 vorgekommen; ihre Hauptanwendung aber findet sie im Notherbenrechte. —

Ueber die Bedeutung der Anerkennung der Gültigkeit eines ungültigen, oder der Ungültigkeit eines gültigen Testamentes s. §. 566.

---

die Erbschaft wirklich erworben wird; mit der Unwirksamkeit der Erbeseinsetzungen wird der übrige Inhalt des Testamentes ungültig, §. 2 I. h. t., l. 9 D. de test. tut. 26. 2, l. 12 §. 5 D. de bon. lib. 38. 2, l. 181 D. de R. I. 50. 17. — Ein solches Testament heißt speciell testamentum destitutum (§. 7 I. de her. quae ab int. 3. 1) oder desertum, oder auch irritum (l. 1 D. h. t.) — Ueber und gegen die Meinung, daß nach Nov. 1 c. 2 das Testament durch Ausschlagung des oder der eingesetzten Erben nicht mehr hinfällig werde, wenn in demselben Vermächtnisse (oder Freilassungen) enthalten seien, daß vielmehr in diesem Falle jeder Vermächtnißnehmer gegen Caution für die Erfüllung der im Testamente getroffenen Anordnungen aus demselben die Erbschaft erwerben könne (so unter den Neueren v. Löhr Arch. f. civ. Pr. V. 15, s. auch G. E. Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 369), s. Franke Beiträge S. 148 fg., Mühlenbruch XXXIX S. 54 fg., Vangerow II §. 459 Anm.

[9] Ein in dieser Weise ungültig gewordenes Testament heißt speciell testamentum ruptum, §. 1 I. h. t., l. 3 §. 3 D. cit. Fällt der Notherbe vor dem Tode des Erblassers wieder weg, so gilt zwar im Uebrigen das in Note 3 Gesagte; nur ist zu bemerken, daß im ältern Recht der Prätor hier unbestritten durch bonorum possessio secundum tabulas half, mit Ausnahme des Falls jedoch, wo im Testamente liberi enterbt waren, §. 1 I. h. t., l. 3 pr. §. 3 D. h. t., l. 12 pr. D. h. t., l. 13 D. de doli exc. 44. 4. Vgl. Vangerow II §. 473 Anm. Nr. 2. a. A.

[10] Auch das durch Willensänderung ungültig gewordene Testament wird in den Quellen speciell testamentum ruptum genannt, §. 2 I. h. t., l. 1 D. h. t. Der Ausdruck testamentum irritum für ein solches Testament findet sich in §. 7 I. h. t., l. 4 D. de his quae in test. 28. 4, l. 15 §. 1 i. f. D. de test. mil 29. 1.

2. Im Besondern vom Widerruf des Testamentes *.

§. 564.

Das Testament ist frei widerruflich[1]. Auch durch die ausdrückliche Erklärung, daß ein künftiger Widerruf unwirksam sein solle[2], verliert der Erblasser das Widerrufsrecht nicht[3]; nicht einmal durch einen mit dem eingesetzten Erben abgeschlossenen Vertrag dieses Inhalts[4]. Doch wirkt ein solcher Vertrag nach heutigem Recht als Erbvertrag[5].

Was die Form des Widerrufs angeht, so kann derselbe:

1. durch Errichtung eines neuen Testamentes erklärt werden. Hiervon näher im folgenden §.

2. Ein außerhalb des Testamentes erklärter Widerruf ist: a) als wörtlicher Widerruf, abgesehen vom Soldatentestamente[6], nur dann wirksam, wenn er vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt ist, und seit der Errichtung des Testamentes zehn Jahre verflossen sind[7]. Dagegen kann b) ein schriftliches Testa-

---

* Mühlenbruch XXXVII S. 168—487. Sintenis III S. 458—468, Vangerow II §. 460, Unger §. 24. §. 564.

1 „Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum", l. 4 D. de adim. 34, 4, vgl. l. 32 §. 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. L. 6 C. qui test. 6. 22, l. 19. C. de test. 6. 23.

2 S. g. derogatorische Clausel.

3 L. 22 pr. D. de leg. III° 32: — „nemo . . eam sibi potest legem dicere, ut a priore (sc. voluntate) ei recedere non liceat". Vgl. auch l. 6 §. 2 D. de iure cod. 29. 7, l. 89 pr. D. de leg. II° 31. Mühlenbruch S. 169—209, Sintenis §. 179 Anm.

4 Vgl. l. 52 §. 9 D. pro soc. 17. 2, l. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 15 C. de pact. 2. 3.

5 Es wird durch einen solchen Vertrag der Inhalt des Testamentes wiederholt und zur vertragsmäßigen Geltung gebracht. Doch sind die Ansichten über Gültigkeit und Natur eines solchen Vertrages verschieden. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 239 fg., Beseler Erbverträge II. 1 S. 314 fg., Buchka Zeitschr. f. deutsch. R. XII S. 215 fg., Hartmann Erbverträge S. 47. 116 fg.

6 L. 15 §. 1 D. de test mil. 29. 1: „Sicut. . hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest".

7 L. 27 C. de test. 6. 23. Nach dem vor dieser Verordnung Justinian's bestehenden Recht verlor das Testament durch den bloßen Ablauf von zehn Jahren seine Gültigkeit, l. 6 C. Th. de test. 4. 4. Mühlenbruch XXXVIII S. 267—291. S. noch §. 7 I. h. t., [l. 27 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7], l. 36. §. 3 D. de test. mil 29. 1, l. 22 D. de adim, 34. 4. Gegenüber diesen Stellen wird es unbedingt nothwendig, l. 4 §. 10 D. de doli exc. 44. 4.

ment wirksam auch durch absichtliche Vernichtung der Testamentsurkunde oder der äußeren Zeichen ihrer Solemnisirung oder ihres Inhalts widerrufen werden [8].

§. 565.

Ein von dem Erblasser neu errichtetes Testament hebt nach

(— „heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur") entweder nicht vom Widerruf des Testaments zu verstehen (vgl. §. 548 Note 2 a. E. 13 fg.), oder vom Widerruf durch Handlungen (Note 8) und ebenso l. 1 §. 8 D. si tabulae test. nullae 38. 6 (*vv.* „vel . . alia ratione voluntatem testator mutavit") von einem Widerruf durch andere als in der Stelle bezeichnete Handlungen. Dieß wird heutzutage auch wohl kaum bestritten, während früher die Meinung nicht ohne Anhänger war, daß ein jeder ausdrücklicher Widerruf des Testaments die exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründe. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 251 fg., 322 fg. Sintenis §. 179 Anm. 35, Vangerow §. 460 Anm. Nr. IV. Die Entscheidung der l. 11 §. 2 D. de B. P. s. t. 37. 11, welche dem Eintritt in väterliche Gewalt, die Bedeutung eines Widerrufs beilegt (§. 563 Note 7 Nr. 4), erklärt sich daraus, daß hier das Testament ohnehin nur gegen die Strenge des Rechts aufrecht erhalten wird.

[8] L. 1 §. 8 D. si tabulae test. nullae 38. 6. „Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt". L. 1 §. 10 D. de B. P. s. t. 37. 11. „Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit . . non videntur signatae, et ideo bonorum possessio peti non potest". L. 30 C. de test. 6. 23. Von der Zerstörung des Inhalts (durch Ausstreichen, Unlesbarmachung) handelt noch l. 2 D. de his quae in test. 28. 4. Auch einzelne Verfügungen können in dieser Weise widerrufen werden. S. überhaupt den Titel der Digesten 28. 4 de his quae in testamento delentur vel inducuntur vel inscribuntur, auch l. 2 §. 7 l. 8 §. 3 D. de B. P. s. t. 37. 11. [Mühlenbruch XXXIX S. 79 fg.] Eine Zerstörung, welche nicht der Ausdruck des Widerrufswillens ist, hat gar keine rechtliche Bedeutung, l. 1 pr. — §. 3 D. tit. cit. 28. 4, l. 20 D. de iniusto 28, 3, l. 1 §. 3. 10. 12 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 30 C. de test. 6. 23. Daß die absichtliche Zerstörung des einen der mehreren Exemplare, in welchen das Testament errichtet worden ist, Ausdruck des Widerrufswillens, sei, muß von den Intestaterben bewiesen werden. L. 4 D. tit. cit. 28. 4. — Zerstörung der über ein mündliches Testament errichteten Beweisurkunde ist gehöriger Ausdruck des Widerrufswillens nicht, weil die Urkunde das Testament nicht darstellt. Vgl. Mühlenbruch XXXIX S. 99 fg., Sintenis §. 179 Anm. 33. Anders Seuff. Arch. I. 96. — Ebensowenig ist gehöriger Ausdruck des Widerrufswillens Zurücknahme des gerichtlich errichteten Testaments aus dem gerichtlichen Gewahrsam, weil der gerichtliche Gewahrsam nichts, der Form des gerichtlichen Testaments Wesentliches ist (§. 545

dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung das früher errichtete Testament durch seine Existenz auf, nicht durch seinen Inhalt[1]. Es hebt daher das frühere Testament nicht nur ohne ausdrücklichen Widerruf auf, sondern trotz ausdrücklicher Bestätigung; nur daß in diesem letzteren Falle der Inhalt des früheren Testaments als Vermächtniß aufrecht erhalten wird[2]. Es hebt ferner das frühere Testament auf, obgleich es selbst nicht zur Wirksamkeit gelangt[3] oder seine Gültigkeit verliert[4]. Bloß das ist erforderlich, daß es nicht von Anfang an ungültig und daß seine Wirksamkeit nicht von Anfang an ausgeschlossen war[5]. Besondere Vorschriften des römischen Rechts sind: 1) daß auch ein unvollendetes Testament, wenn nur sein Inhalt durch die eidlichen Aussagen von fünf Zeugen erhärtet wird, ein früher errichtetes Testament dann aufhebt, wenn in diesem Fremde, in dem unvollendeten Testament Intestaterben eingesetzt sind[6]; 2) daß,

---

Note 4). — [Vgl. zu dem unter Nr. 2 Gesagten jetzt P. Krüger kritische Versuche im Gebiete des röm. Rechts (1870) S. 1 fg.]

[1] Vgl. §. 537 Note 2. L. 1 D. h. t. (28. 3), §. 2 I. h. t., l. 29 C. de test. 6. 23. Vgl. l. 19 pr. D. de test. mil. 29. 1. §. 565.

[2] L. 12 §. 1 D. h. t. Auch stillschweigend kann das frühere Testament bestätigt werden, so namentlich dadurch, daß in dem neuen nur über einen Theil des Nachlasses verfügt wird; dann tritt die gleiche Behandlung ein. L. 29 D. ad SC. Treb. 36. 1, §. 3 I. h. t. Vgl. §. 552 Note 4. 6. 7, §. 553 Note 6. 8.

[3] So wenn die Bedingung der in ihm enthaltenen Erbeseinsetzung nicht eintritt, oder der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser stirbt oder die Erbschaft ausschlägt. §. 2 I. h. t., l. 16 D. h. t. (vgl. §. 554 Note 1, I §. 89 Note 2).

[4] L. 3 §. 4 D. h. t., l. 36 §. 4 D. de test. mil. 29. 1.

[5] L. 1 D. h. t. (— „rumpitur alio testamento, ex quo heres exsistere poterit"), l. 2 eod., l. 7 D. de lib. et post. 28. 2, l. 16 D. h. t. (Einsetzung unter einer auf die Vergangenheit oder Gegenwart gestellten Bedingung, welche nicht erfüllt ist).

[6] Es selbst besteht dann als Intestatcodicill. L. 2 D. h. t., l. 21 §. 5 C. de test. 6. 23. Die Meinung Mühlenbruch's (XXXVIII S. 364 fg. XLII S. 2 fg.), daß es als Testament aufrecht erhalten werde, ist fast ohne Anhänger geblieben. S. gegen dieselbe namentlich Vangerow §. 460 Anm. Nr. II. 1, Fein Forts. von Glück XLV S. 237 fg. Andere abweichende Meinungen sind aufgestellt worden: 1) von Pfotenhauer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 1: das unvollendete Testament werde zwar nicht als Testament aufrecht erhalten, vielmehr trete Intestatberufung ein, aber auch nicht als Codicill, sondern als eine eigenthümliche letzte Willenserklärung, welche mit einem Testament die meiste Aehnlichkeit habe; 2) von Witte RLex. S. 671 Note 8

wenn der Erblasser die Urkunde des späteren Testaments vernichtet, um das frühere wiederherzustellen, aus diesem die Erbschaft in Anspruch genommen werden kann[7].

Mehrere zu gleicher Zeit errichtete Testamente gelten als Eines[8], und ebenso bestehen mehrere Testamente, deren Zeitverhältniß nicht ermittelt werden kann, neben einander[9]. —

Ganz abweichend ist auch hier die Behandlung des Soldatentestaments. Das Soldatentestament hebt ein früher errichtetes Testament nicht durch seine Existenz, sondern nur in soweit auf, als der Soldat die Verfügungen des früheren Testaments im Einzelnen hat aufheben wollen[10].

3. Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments*.

§. 566.

Wenn die Gültigkeit eines ungültigen oder die Ungültigkeit eines gültigen Testaments von dem für den Fall der Ungültigkeit oder Gültigkeit zur Erbschaft Berufenen anerkannt wird, so ist zu unterscheiden, ob die Anerkennung eine vertragsmäßige ist oder nicht.

1. Die vertragsmäßige Anerkennung[1] begründet nach dem

---

und mit einer Modification von Sintenis §. 179 Note 38: das unvollendete Testament werde, abgesehen von seiner aufhebenden Kraft, gar nicht aufrecht erhalten. S. gegen diese Ansichten Fein a. a. O. [P. Krüger kritische Versuche im Gebiete des röm. Rechts S. 30.]

[7] Der Prätor gab aus einem solchen Testament bonorum possessio. L. 11 §. 2 i. f. D. de B. P. s. t. 37. 11.

[8] L. 1 §. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11. Vgl. Mühlenbruch XXXVIII S. 480 fg.

[9] Es läßt sich von keinem der beiden Testamente darthun, daß es aufgehoben worden sei. Im Resultat der gleichen Meinung sind Mühlenbruch S. 486, Sintenis §. 179 Anm. 42; a. M. Vangerow §. 460 Anm. Nr. II. 5.

[10] L. 19 pr. D. de test. mil. 29. 1: — militi licet plura testamenta facere . . nec superius per inferius rumpitur . .". L. 36 §. 1 eod. Mühlenbruch XXXVIII S. 470—471. XLII S. 94—98, Neuner die Heredis institutio ex re certa S. 487—488.

§. 566. * Mühlenbruch XXXVIII S. 134 fg. (1835). Francke Arch. f. civ. Pr. XIX. 7 (1836) (s. auch dens. in dem Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 126 fg.). Bähr Anerkennung §. 51 (1855. 1867). Sintenis III S. 468—471, Vangerow II §. 457 Anm., Unger §. 22 Anm. 4.

[1] Die vertragsmäßige Anerkennung kann auch hier, wie überhaupt, eine

II §. 412[a] Gesagten für den Anerkennenden gegenüber dem Gegner die Verpflichtung, das Anerkannte gegen sich gelten zu lassen, als wenn es wirklich wäre. In der vertragsmäßigen Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments im Besonderen liegt also ein Verzicht auf die Geltendmachung des dem Anerkennenden für den Fall der Ungültigkeit bez. Gültigkeit des Testaments zustehenden Erbrechts dem Gegner gegenüber. Nicht aber liegt in derselben ein Verzicht auf das Erbrecht schlechthin; deßwegen können nicht etwa die hinter dem Anerkennenden Berufenen nun ihrerseits die Erbschaft in Anspruch nehmen[2]. Vermächtnißnehmern und Erbschaftsgläubigern kann die Anerkennung nicht entgegengehalten werden, wohl aber können sie sich auf dieselbe berufen[3]. Wegen Irrthums kann die An-

einfache sein oder eine qualificirte; qualificirt ist die im Vergleich, Schiedsrichter- und Schiedseidvertrag erklärte Anerkennung. S. II §. 412[a] fg.

[2] Unger a. a. O. Die Auffassung der Anerkennung als einer Veräußerung der Erbschaft (Vangerow S. 194, Sintenis 469, Mühlenbruch XXXVII S. 269—270) entspricht nicht dem Sinne der Parteien, und ist unnöthig.

[3] Die Anerkennung kann 1) nicht entgegengehalten werden a) den Vermächtnißnehmern; d. h. die Vermächtnißnehmer dürfen sich an den Testamentserben halten, trotzdem daß derselbe die Ungültigkeit des Testaments anerkannt hat, vgl. l. 29 §. 2 D. de inoff. 5. 2, l. 3 pr. D. de transact. 2. 15. (Anders wirkt hier das rechtskräftige Urtheil, s. I §. 132 Note 8). b) Nicht so sicher ist, daß die vertragsmäßige Anerkennung auch nicht den Erbschaftsgläubigern gegenüber wirkt, d. h. daß es den Erbschaftsgläubigern trotz des zwischen den Erbschaftsprätendenten abgeschlossenen Vertrages unbenommen bleibt, sich an denjenigen derselben zu halten, welchen sie als wirklichen Erben nachzuweisen im Stande sind. Doch wäre das Gegentheil äußerst unbillig, und läßt sich selbst für das rechtskräftige Urtheil nicht nachweisen (vgl. I §. 132 Note 9); l. 14 D. de transact. 2. 15 aber braucht nicht von einer Pflicht der Gläubiger verstanden zu werden. A. M. Wetzell Civilproz. §. 47 Note 33, und s. auch diese Note a. E. 2) Daß auf die Anerkennung sich die Erbschaftsgläubiger berufen können, sagt l. 14 D. de transact. 2. 15 (so auch beim rechtskräftigen Urtheil, I §. 132 Note 9). Der Schluß auf die Vermächtnißnehmer ist ohne Anstand (beim rechtskräftigen Urtheil gilt das Gleiche, s. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30). Wird nicht der Testamentserbe als Erbe schlechthin anerkannt, sondern die Erbschaft zwischen ihm und dem Intestaterben im Vergleichswege getheilt, so bleibt es den Vermächtnißnehmern, wenn sie die Vermächtnisse voll ausgezahlt haben wollen, unbenommen, dem Testamentserben gegenüber die Gültigkeit des Testaments darzuthun; gegen den Intestaterben haben sie keinen Anspruch. — Sehr abweichende Ansichten werden in Betreff der hier behandelten Fragen entwickelt

erkennung angefochten werden, aber nur wegen entschuldbaren Irrthums[4].

2. Die nicht vertragsmäßige Anerkennung hat: a) die Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses[5]; b) wenn sie in Kenntniß der Ungültigkeit bez. Gültigkeit des Testaments erfolgt, wirkt sie als Ausschlagung der dem Anerkennenden anerfallenen Erbschaft[6].

F. Eröffnung und Vollziehung des Testaments.

§. 567.

Vorschriften über die Eröffnung des Testaments, von deren Beobachtung die Gültigkeit des Testaments abhinge, gibt es gemeinrechtlich nicht, und namentlich ist die gerichtliche Eröffnung Bedingung der Gültigkeit des Testaments nicht. Doch ist die gerichtliche Eröffnung gebräuchlich bei gerichtlich aufgenommenen und in gerichtlichem Gewahrsam gebliebenen Testamenten, und kann auch sonst eintreten nach Anordnung des Erblassers, oder auf Antrag der Interessenten, oder wenn besondere Umstände ein amtliches Einschreiten nöthig machen[1]. — Auf Vorlage der Testa-

---

von Mühlenbruch, Sintenis, Vangerow a. a. OO., welche namentlich nicht die Unterscheidung zwischen der negativen und positiven Wirkung der Anerkennung (des Vergleichs), und nicht die Unterscheidung zwischen Gläubigern und Vermächtnißnehmern, sondern die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Testaments zu Grunde legen, und von dieser Unterscheidung aus die ll. 3 und 14 D. de transact. citt. zu „vereinigen" bestrebt sind.

[4] S. §. 412[a] Note 8.

[5] S. §. 412[a] z. A., Bähr a. a. O. Note 9.

[6] L. 5 pr. §. 1 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 43 D. de H. P. 5. 3; l. 8 D. eod., l. 3 D. de lege Corn. de fals. 48. 10, l. 4. 8 C. de I. et F. I. 1. 18, l. 3 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22. In diesem Fall muß das Wissen von der Unwahrheit des Anerkannten dem Anerkennenden bewiesen werden, nicht von ihm das Nichtwissen; ebensowenig ist Endschuldbarkeit des Irrthums erforderlich. Francke S. 187 fg., Bähr S. 213 (1. Ausg. S. 195) fg. — Eine weitergehende Bedeutung legt das römische Recht der Anerkennung des pflichttheilsberechtigten Notherben bei, s. darüber §. 585 Note 3.

§. 567. [1] Mühlenbruch Forts. v. Glück XLIII S. 375 fg., Sintenis III S. 473 fg., Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich S. 20—21. Auch nach römischem Recht war die gerichtliche Eröffnung, obgleich in den Quellen als die regelmäßige Form der Eröffnung vorausgesetzt (Dig. 29. 3 C. 6. 32 testamenta quemadmodum [quemadmodum testamenta] aperiantur inspiciantur et describantur, l. 3 §. 9 D. de tab. exh. 43. 5, l. 18. 23 C. de test. 6. 23, Paul S. R. IV. 6), zur Gültigkeit des Testa-

mentsurkunde zum Zweck der Eröffnung, sowie auf Gestattung der Einsicht und Abschriftnahme hat jeder Betheiligte, auf Erfordern gegen Ausschwörung des Gefährdeeides, einen durch Klage zu verfolgenden Anspruch[2].

Auch die Vollziehung des Testaments[3] ist nach gemeinem Recht, abgesehen von Ausnahmefällen, Gegenstand obrigkeitlicher Fürsorge[4] nicht[5]. Dagegen kann der Erblasser selbst in seinem

---

ments nicht nothwendig (l. 10 §. 1 D. test. quemadm. 29. 4, l. 2 §. 7 eod., l. 4 eod. [*vv.* cum *ab initio* aperiendae sint tabulae], l. 4 §. 3 l. 5 D. fam. erc. 10. 2 vgl. mit Paul S. R. IV. 6 §. 1, l. 5 D. de tab. exh. 43. 5). Vgl. überhaupt Mühlenbruch S. 370 fg., Bachofen ausgewählte Lehren S. 356 fg., ferner Savigny vermischte Schriften III S. 122 fg. (zuerst in den Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1818, S. 67 fg. der historisch-philosophischen Klasse), Spangenberg Arch. f. civ. Pr. V S. 158 fg. Vor der Eröffnung wurden die Zeugen zur Anerkennung ihrer Siegel vorgeladen, l. 4—7 D. h. t., l. 3 §. 9 D. de tab. exh. 43. 5, Paul. S. R. IV. 6 §. 1 (vgl. §. 541 Note 4), was heutzutage bei der gerichtlichen Eröffnung nur dann eintritt, wenn ein Bedürfniß zur Feststellung der Aechtheit der Testamentsurkunde vorhanden ist. Mühlenbruch S. 377. [Seuff. Arch. XXIII. 149.]

2 Dig. 43. 5 Cod. 8. 7 de tabulis exhibendis. Einzelnes: a) der Kläger, l. 3 §. 10. 12. 13. 17 D. h. t., l. un. C. h. t., l. 3 §. 5 D. h. t., vgl. l. 2 pr. D. test. quemadm. 29. 3; b) der Beklagte, l. 3 §. 2. 3. 6 l. 4 l. 1 §. 11 — l. 3 D. h. t.; c) der Gefährdeeid, l. 3 C. quemadm. test. 6. 32; d) Einsicht und Abschriftnahme, l. 3 C. cit., l. 1 pr. l. 2 §. 4—8 D. test. quemadm. 29. 4; e) Verurtheilung nach römischem Recht auf das Interesse des Klägers (l. 3 §. 11 sqq. D. h. t.), nach heutigem Recht natürlich zunächst auf Vorlage selbst; f) die gleichen Grundsätze gelten für andere letztwillige Verfügungen, l. 1 §. 2 D. h. t.

3 Roßhirt in seiner Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht I S. 217 fg. (1831). J. Scholz der Dritte über Testaments-Vollzieher (1841). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 390 fg. (1843). Beseler Zeitschr. f. deutsch. R. IX. 3 (1845). Elvers Arch. f. prakt. RW. IV S. 134 fg. (1857). Hinschius Preuß. Anwaltszeitung Jahrg. 1866 S. 753 fg. 771 fg. 785 fg. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RPflege in Preußen Jahrg. 1867 S. 518 fg. 656 fg. Sintenis III S. 477—487. Beseler deutsch. Privatrecht §. 164.

4 Wie sie in Partikularrechten mehr oder minder umfassend ausgebildet ist. S. namentlich Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862); ferner Randa der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Rechte (1867) S. 10 fg. Das kanonische Recht, welches in dieser Beziehung nicht geltend geworden ist, stellt die Ausführung der letztwilligen Verfügungen unter die Ueberwachung der Bischöfe. C. 3. 19 X. de test. 3. 26, cl. un. eod. 3. 6.

5 Die Ausnahmen beziehen sich auf solche Fälle, in denen es an einem Berechtigten, welcher die Ausführung der testamentarischen Anordnung ver-

Testamente einen Vollstrecker seiner Anordnungen ernennen[6]. Die rechtliche Stellung eines solchen letztwillig ernannten Vollstreckers hat zwei Seiten. Auf der einen Seite hat er über das vom Erblasser hinterlassene Vermögen eine gewisse Macht, welche von den Erben anerkannt werden muß; auf der andern Seite steht er zu den Erben in einem Verpflichtungsverhältniß. Der Inhalt dieses Verpflichtungsverhältnisses bestimmt sich im Allgemeinen nach der Analogie des Auftragsverhältnisses[7], im Besonderen aber, in

---

folgen könnte, fehlt. Im Einzelnen: a) l. 7 D. de annuis 33. 1, l. 50 §. 1 D. de. H. P. 5. 3, l. 44 D. de manum. test. 40. 4 (Auflage im Interesse des Erblassers, z. B. Errichtung eines Grabmals für denselben); b) l. 28. 46 [lex rest.] 49 C. de ep. et cler. 1. 3, Nov. 131 c. 10. 11 (Verfügung der Verwendung zu einem frommen Zwecke; die Bischöfe sollen die Ausführung überwachen, vgl. §. 549 Note 5). Man spricht in solchen Fällen von einem gesetzlichen Testamentsvollstrecker (executor testamenti legitimus). Vgl. Beseler S. 176 fg.

[6] Das Institut der letztwillig ernannten Testamentsvollstrecker beruht auf Gewohnheitsrecht, welches auf ältere deutsche Rechtseinrichtungen zurückweist (vgl. Beseler Zeitschr. S. 144 fg.). Das römische Recht kennt letztwillig ernannte Vollstrecker testamentarischer Anordnungen nur im Sinne von Vermächtnißnehmern, welche das ihnen Hinterlassene Anderen herausgeben oder in gewisser Weise verwenden sollen. L. 17 pr. D. de leg. II° 31, l. 8 D. de alim. leg. 34. 1, l. 88 §. 1 D. de leg. II° 31, vgl. auch l. 78 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Wirkliche Testamentsvollstrecker kommen dagegen im kanonischen Recht vor, c. 17. 19 X. de test. 3. 26, cl. un. de test. 3. 6 (und schon in der Nov. Leonis 68).

[7] Daher haftet namentlich der Testamentsvollstrecker auch wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit. Aber das Verhältniß des Testamentsvollstreckers ist kein Auf ragsverhältniß, wie die jetzt herrschende Auffassung anzunehmen geneigt ist. Es ist kein Auftragsverhältniß: 1) weil das Auftragsverhältniß ein Vertragsverhältniß ist, und ein Vertrag nicht durch Acceptation der letztwilligen Erklärung eines Verstorbenen zu Stande kommen kann (vgl. II §. 307 Note 9). Das mandatum post mortem der l. 12 §. 7 l. 13 D. mand. 17. 1 ist ein vom Erblasser bei seinen Lebzeiten abgeschlossener Vertrag auf Handeln nach seinem Tode und das mandatum divisionis legatorum der l. 8 D. de alim. leg. 34. 1 ist in Wirklichkeit ein auf ein Vermächtniß gelegtes Fideicommiß, wie daraus hervorgeht, daß die Frage (zwar verneint, aber doch) aufgeworfen wird, ob der Beaufragte den Antheil der ausfallenden Vermächtnißnehmer für sich behalten könne. Das Rechtsverhältniß des Testamentsvollstreckers ist aber namentlich 2) deßwegen kein Auftragsverhältniß, weil der Testamentsvollstrecker eine Macht hat, welche von den Erben anerkannt werden muß. Will man daher die Kategorie des Auftrags (des Mandates) zur Construction des Rechtsverhältnisses des Testamentvollstreckers verwenden, so muß

gleicher Weise wie der Umfang der dem Testamentsvollstrecker zustehenden Macht, nach dem ausdrücklich erklärten oder durch Auslegung festzustellenden Willen des Erblassers[8]. Endlich kann auch

man unter Auftrag (Mandat) einen einseitig erklärten und einen von den Erben nicht zu widerrufenden Auftrag verstehen, und damit hat man den römischen Namen und nicht die römische Sache. Dagegen findet nach den beiden hier hervorgehobenen Seiten die Stellung des Testamentsvollstreckers im römischen Rechte eine vollständig zutreffende Analogie in der Stellung des Vormunds, und wie diese Analogie wirklich angezogen wird in der oben citirten Nov. Leonis 68, so war es früher in Deutschland durchaus gebräuchlich, nach derselben das Rechtsverhältniß des Testamentsvollstreckers auch im Einzelnen zu bestimmen (Beseler Zeitschr. S. 160 fg.). Es ist zwar richtig, daß der Vormund im öffentlichen Interesse aufgestellt ist und daß er nicht freiwillig eintritt, während für den Testamentsvollstrecker allein die privaten Interessen des Erblassers maßgebend sind und Niemand ihn zur Uebernahme der ihm angebotenen Stellung nöthigt: aber daraus folgt eben auch nur, daß man die Consequenzen, welche sich aus diesen beiden Punkten ergeben, bei der Ausbildung des Institutes im Einzelnen wegzulassen habe, nicht aber daß für seine Ausbildung die Analogie der Vormundschaft überhaupt zu verwerfen sei. Für einen einzelnen Punkt (die Besitzesverhältnisse) sucht diese Analogie zu verwerthen Hinschius a. a. O. Jahrg. 1867. — Eine ganz neue Auffassung über das dem Institut zu Grunde zu legende Princip hat Beseler a. a. O. aufgestellt. Nach ihm soll der Testamentsvollstrecker der formelle Repräsentant des Erblassers sein, während die Erben seine materiellen Repräsentanten seien; die Repräsentation des Erblassers sei zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben nach diesen beiden Seiten getheilt. Aber ich glaube nicht, daß dieser neue Begriff der formellen Repräsentation uns weiter führt. Denn daß der Testamentsvollstrecker in eigenem Namen berechtigt und verpflichtet sei, meint natürlich auch Beseler nicht; es bleibt also Nichts übrig, als daß der Testamentsvollstrecker in Betreff fremden Vermögens eine gewisse feste, von den Erben nicht zu verkümmernde rechtliche Stellung hat, welche einerseits nicht nach der Analogie der rechtlichen Stellung des Erben zu beurtheilen ist, von welcher andererseits aber auch nicht gesagt wird, nach welcher Analogie sie wirklich zu beurtheilen sei. Vgl. auch Unger §. 27 Anm. 7, Gerber deutsch. Privatr. §. 265 Note 7, Randa (Note 4) S. 75 fg., und das Erk. des OAG. zu Rostock vom 18. Februar 1860 bei Seuff. Arch. XVIII 89 (Buchka und Budde Entscheidungen IV S. 280 fg.).

[8] Hiernach ist namentlich die Frage zu entscheiden, ob der Testamentsvollstrecker auch zur Verwaltung, Regulirung und Vertheilung des Nachlasses verpflichtet bez. berechtigt sei. Vgl. im Allgemeinen Mühlenbruch S. 416 fg., Beseler Zeitschr. S. 186 fg. deutsch. Privatr. S. 181 fg., Sintenis III S. 479 fg., Hinschius a. a. O. Jahrg. 1866 S. 785 fg. Jahrg. 1867 S. 518 fg. Seuff. Arch. VI. 226, X. 271 Nr. 2, XII. 66, XVIII. 89, XX. 50 Nr. II (Stellung zur Erbschaft im Allgemeinen); III. 73, VI. 226, XV. 34, XX. 50 Nr. I (Ein-

von den Erbinteressenten selbst ein Testamentsvollstrecker aufgestellt werden; für denselben gelten die gewöhnlichen Vertragsgrundsätze[9].

G. Gemeinschaftliches und wechselseitiges Testament*.

§. 568.

Der Ausdruck gemeinschaftliches Testament ist nicht genau; was man gemeinschaftliches Testament nennt, ist nicht Ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten Mehrerer, gewöhnlich Zweier, in demselben Testamentsacte[1]. Das gemeinschaftliche Testament findet seine Hauptanwendung bei Ehegatten und in der Weise, daß die mehreren Erblasser sich gegenseitig zu Erben einsetzen (gegenseitiges oder wechselseitiges Testament); die Behauptung aber, daß das gemeinschaftliche Testament nur unter diesen beiden Voraussetzungen, oder nur unter der einen oder der

---

ziehungen von Forderungen); XVIII. 89 (Zahlung von Schulden); XV. 142, XVIII. 89 (Realisirung von Vermächtnissen); VI. 227 (Aufgabe von Rechten). S. noch XII. 48. 66, XIII. 69. 102, XVI. 62, XX. 145.

[8] S. g. executor testamenti conventionalis oder pacticius. Vgl. l. 3 D. de alim. leg. 34. 1. — Man spricht auch wohl von executores testamenti dativi, und versteht darunter die etwa von der Obrigkeit mit der Sorge für die Vollziehung des letzten Willens Beauftragten.

§. 568 * Ueber diese Lehre ist namentlich zu vergleichen die neueste Behandlung derselben von G. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten S. 85—179 (1860). S. ferner: Hasse Rhein. Museum III S. 239 fg. 490 fg. (1829). Glück XXXV S. 50 fg. (1832). Mühlenbruch Forts. XXXVIII S. 214 fg. (1835). Beseler die Lehre von den Erbverträgen II. 1 §. 13 (1835). Deiters de dispositionibus hereditariis simultaneis (1837). Bolley Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute (1846). Buchka Zeitschr. f. deutsches Recht XII S. 212 fg. (1848). Strippelmann Entscheidungen 2c. VI S. 490 fg. (1850). Zimmermann Arch. f. prakt. RW. I Heft 3 S. 12 fg. (1852). Heimbach im RLex. X S. 889 fg. (1858). André Magaz. f. Hannoversches Recht IX S. 19 fg. (1859). Sintenis III §. 178, Unger §. 21. Holzschuher II §. 156. Beseler deutsches Privatrecht §. 163.

[1] Genau genommen ist das gemeinschaftliche Testament nothwendigerweise ein schriftliches. Wenn Mehrere zu gleicher Zeit, d. h. der Eine unmittelbar nach dem Andern, vor denselben Zeugen mündlich testiren, so grenzen zwar die mehreren Testamentsacte zeitlich aneinander, aber bleiben doch immerhin noch zeitlich getrennt.

andern dieser beiden Voraussetzungen, gültig sei, ist nicht gerechtfertigt[2]. Im Fall der gegenseitigen Erbeseinsetzung können die mehreren Erblasser zugleich auf das Widerrufsrecht verzichten; dann liegen nicht sowohl Testamente vor, als Erbverträge[3]. Wenn auf den Widerruf nicht verzichtet ist, so kann es doch im Sinne der Erblasser liegen, daß ihre Testamente in gegenseitiger Abhängigkeit von einander stehen sollen (s. g. correspectives Testament), und im Zweifel ist dieß allerdings als ihr Wille anzusehen[4];

---

[2] Die ältere gemeinrechtliche Doctrin erkannte die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments ohne alle Beschränkung an, Hartmann S. 110 fg.; in der neueren Zeit aber ist namentlich die Ansicht sehr verbreitet, daß das gemeinschaftliche Testament nur als gegenseitiges Testament gültig sei. Mühlenbruch a. a. O. S. 215 fg. Anm. 74, Puchta §. 481 u. Vorll. dazu, Sintenis a. a. O. Anm. 1, Brinz S. 764, Holzschuher a. a. O. Nr. 1. Dawider Hartmann S. 92 fg., welchem folgen Arndts in der 5. Aufl. §. 500 Anm. 1 und Unger a. a. O. Anm. 2. Man hat gegen die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments von jeher hauptsächlich den Mangel der Einheit des Errichtungsactes (§. 541 Note 7) geltend gemacht, und in der That läßt sich nicht leugnen, daß dieses Erforderniß für das ersterrichtete der beiden Testamente nicht vollständig gewahrt ist; wenn auch beide Testatoren gleichzeitig unterschreiben, oder durch eigenhändiges Schreiben des Contextes ihre Unterschrift ersetzen (§. 541 Note 5), so schiebt sich doch immerhin zwischen die Testamentserklärung des Ersten und die Unterschrift des Zeugen die Testamentserklärung des Zweiten hinein, was Hartmann S. 94. 95 nicht beachtet. Aber auch abgesehen davon, daß dieses Hinderniß für das gerichtliche Testament und das testamentum parentum inter liberos nicht besteht, ist es nicht nur schon an und für sich höchst zweifelhaft, ob eine Unterbrechung dieser Art im Sinne des römischen Rechts wirklich für eine Unterbrechung der unitas actus angesehen werden darf (vgl. §. 541 Note 8), sondern es wird auch das Gegentheil geradezu dadurch dargethan, daß ein gemeinschaftliches Testament durch eine Constitution Valentinian's III. vom Jahre 446 (Nov. Valent. III tit. XX. 1) ausdrücklich anerkannt worden ist. S. Hartmann S. 99 fg., auch Schmidt das formelle Recht der Notherben S. 189 Note 86. Seuff. Arch. XVI. 123. [Budde und Schmidt Entscheid. d. OAG. zu Rostock VI S. 275 fg.]

[3] S. §. 564 Note 5. Hartmann S. 116 fg. Seuff. Arch. VI. 221 IX. 180, XI. 57, XVI. 123.

[4] Dieß ist für das wechselseitige Testament überhaupt, oder doch für das wechselseitige Testament der Ehegatten, oder doch für dasjenige wechselseitige Testament, in welchem zugleich über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden verfügt ist, die herrschende Meinung. Hasse S. 269. 245, Glück S. 62 fg., Mühlenbruch S. 227, Puchta §. 481, Sintenis §. 178 Anm. 4, Holzschuher §. 156 Note 2. A. M. Hart-

dann verliert durch den Widerruf des einen Testamentes auch das andere seinen Bestand, und das Gleiche gilt, wenn das eine der Testamente in anderer Weise, namentlich durch Geburt eines Notherben, seine Gültigkeit verliert[5]. Ist in einem solchen Testament zugleich eine Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden getroffen, so wird die Verfügung des Erstverstorbenen trotz des Wegfalls des Testaments des Ueberlebenden, soweit das Vermögen des

---

mann S. 134 fg. (vgl. Note 5). Umgekehrt ist Brinz der Ansicht, daß „die s. g. Correspectivität des gemeinschaftlichen Testaments nicht bloß zu vermuthen ist". Vgl. Seuff. Arch. I. 93, IV. 63, VI. 221, VII. 220, IX. 180, X. 184, XII. 172, XIX. 164.

[5] Die juristische Kategorie, welche hier zur Anwendung kommt, ist nicht, wie die herrschende Meinung annimmt (vgl. Hartmann S. 129 Anm. 1, Seuff. Arch. XIX. 164 a. E.), die Kategorie der Bedingung, weder die der aufschiebenden noch die der auflösenden Bedingung, sondern die Kategorie der Voraussetzung (§. 556); jedes Testament ist unter der Voraussetzung errichtet, daß das andere Testament seinen Bestand behalte (oder, wenn es ihn verloren habe, wieder gewinne). Fällt daher das eine Testament weg, so verliert das andere nicht direct seine Wirksamkeit, sondern kann zurückgenommen werden. Dieß ist nun zwar für den Erblasser nichts Besonderes, da er ohnehin ein freies Widerrufsrecht hat, aber es gestaltet sich zu einem besonderen Recht in der Person desjenigen, welcher in Ermangelung jenes Testamentes sein Erbe gewesen sein würde, und welcher nun behaupten kann, daß der Eingesetzte die Erbschaft ohne den eigentlichen Willen des Erblassers, also in ungerechtfertigter Weise (sine causa), habe. Hierbei ist jedoch erforderlich, daß der Erblasser den Wegfall des andern Testamentes bei seinen Lebzeiten nicht in Erfahrung gebracht habe; denn ist dieß der Fall, und hat er trotzdem sein Testament nicht geändert, so liegt darin eine Bestätigung seines Testaments, welche seinen Erben die Möglichkeit entzieht, die Ermangelung der Voraussetzung geltend zu machen (nach der Analogie des für die Schenkung zwischen Ehegatten Geltenden). — Ganz abweichender Ansicht ist Hartmann S. 128 fg. Dieser Schriftsteller will dem Wegfall des einen Testamentes auf den Bestand des anderen gar keinen Einfluß einräumen, und zwar deßwegen, weil, wenn man annehmen wolle, daß jede Erbeseinsetzung von dem Bestande der anderen abhängig gemacht worden sei (Note 4), eine jede wegen des Verbotes captatorischer Verfügungen (§. 548 Note 18) ungültig sein würde. Ich halte diese Argumentation für durchaus fehlgegriffen. Das Verbot captatorischer Verfügungen ist gerichtet gegen Erbschleicherei, oder doch gegen den Versuch, mit seinen letztwilligen Verfügungen ein Geschäft zu machen; davon kann hier keine Rede sein. L. 70 D. de her. inst. 28. 5. „Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarnm condicio confertur ad secretum alienae voluntatis".

Erstverstorbenen reicht[6], indirect durch Verwandlung in ein Erbschaftsvermächtniß aufrecht erhalten[7].

Hätte Hartmann statt, wie er thut, mit der Kategorie der Bedingung, mit der Kategorie der Voraussetzung operirt, so würde er wohl nicht daran gezweifelt haben, daß diese Stelle auf unsern Falle wie berechnet ist. S. auch Nov. Val. III tit. XX. c. 1 §. 3: — „quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et similis religio testamenta condentium . .“.

[6] Es wird nicht aufrecht erhalten die Verfügung über das eigene Vermögen des Erstverstorbenen; denn eine solche Verfügung hat derselbe nicht getroffen. Sondern es wird eben aufrecht erhalten die Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen, soweit das eigene Vermögen reicht; denn auch über das eigene Vermögen des Erben kann bis zum Betrage des ihm Zugewendeten verfügt werden (§. 1 I. de sing. reb. 2. 24, l. 14 §. 3. 7 D. de leg. I° 30).

[7] Entweder nach der Regel des §. 561 Note 3 oder nach l. 74 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, wo die Auflage: 'mando tibi non testari (hier: du sollst die Eingesetzten aus deinem Testamente erben lassen, deßwegen dir auch keine Notherben erzeugen), als Fideicommiß interpretirt wird. Aber das Vermächtniß reicht nicht weiter, als das Vermögen, welches der Vermachende dem Belasteten zugewendet hat, und daher behält der Ueberlebende im Uebrigen freie Disposition. Das Gegentheil ist vielfach behauptet worden (so unter den Neueren von Glück S. 68 fg., Mühlenbruch S 232 fg., Strippelmann S. 495, Buchka a. a. O.), aber unconstruirbar. Vgl. Hartmann S. 148—169. Doch ist die Praxis überwiegend dafür. Seuff. Arch. I. 92. 94, II. 72. 204, IV. 64, VI. 221, IX. 180, X. 184, XI. 57, XV. 140, XVI. 123. XX. 232; dawider II. 72 zweite Hälfte vgl. III. 81. Andere nehmen auch für diesen Fall an, daß das Testament des Erstverstorbenen rückwärts seine Wirksamkeit verliere. So Hasse S. 269—271, Deiters §. 9 p. 7 sqq., Zimmermann S. 28 a. E., Puchta §. 481, Arndts §. 501, Sintenis §. 178 Anm. 6. — Wie aber, wenn, was sehr gewöhnlich ist, die Bestimmung des wechselseitigen Testamentes dahin geht, daß nach dem Tode des Längstlebenden das gemeinschaftliche Vermögen zum Theil an die Verwandten des einen Testators, zum Theil an die des andern fallen solle: ist dann bei Wegfall des Testamentes des Längstlebenden von den Erben desselben das Vermögen des Vorverstorbenen den beiderseitigen Verwandten, oder nur den Verwandten des Vorverstorbenen herauszugeben? Dessen erklärter Wille geht auf die beiderseitigen Verwandten; kann aber nachgewiesen werden, daß er (was keineswegs nothwendig ist) die Erben des Mittestators nur deßwegen bedacht hat, weil dieser die seinigen bedacht hat, so läßt sich auch hier mit der Kategorie der Voraussetzung der eigentliche Wille des Erblassers zur Geltung bringen; die Verwandten des Mittestators haben, was aus dem Vermögen des Vorverstorbenen als Fideicommiß an sie fällt, ohne rechtfertigenden Grund, und müssen es daher denjenigen herausgeben, welche es gehabt haben würden, wenn sie nicht bedacht worden wären.

III. Von der Berufung durch Gesetz (Intestaterbfolge)*.

A. Voraussetzung derselben.

§. 569.

Die gesetzliche Berufung tritt ein, wenn kein Testament oder kein gültiges oder kein wirksames Testament vorliegt. Die gesetzliche Berufung tritt nicht nothwendig sofort mit dem Tode des Erblassers ein; sie tritt erst später ein: a) wenn erst nach dem Tode die Ungültigkeit oder Unwirksamkeit des Testamentes sich entscheidet[1]; b) im Fall der s. g. successiven Berufung[2].

B. Die Berufung selbst.

1. Ueberhaupt.

§. 570.

Das Gesetz beruft zur Erbfolge in das Vermögen eines Verstorbenen zuerst seine Verwandten, dann seinen Ehegatten[1]. Von

---

* Die neueste Gesammtbearbeitung der Lehre von der Intestaterbfolge ist die von Schirmer in seinem Handbuch des römischen Erbrechts (§. 527 Note *) S. 124—297. Eine Uebersicht gibt Köppen System des heutigen römischen Erbrechts im Grundrisse S. 13—30 (1867). S. ferner: Glück Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des älteren und neueren römischen Rechts (1803, zweite Aufl. 1822). Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts (1831). Arndts Art. Intestaterbfolge in Weiske's RLex. V S. 668—700 1844). Mayer §. 54—84.

§. 569. [1] Es wird nach dem Tode des Erblassers ein Notherbe geboren. Die eingesetzten Erben erwerben die Erbschaft nicht. Pr. I. de her. quae ab int. 3. 1. „Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres exstiterit". L. 8 C. comm. de success. 6. 59. „Antequam scriptus heres cuiuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestata bona defuncti non recte vindicentur". L. 1 pr. §. 8 D. de suis 38. 16. L. 39 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 89 D. de R. I. 50. 17.

[2] S. § 573.

§. 570. [1] Man pflegt zu sagen; es gibt zwei Successionsgründe, Verwandtschaft und Ehe.

der Berufung der Verwandten wird sogleich näher gehandelt werden; was die Berufung des Ehegatten angeht[2], so setzt dieselbe außer der Abwesenheit von Verwandten[3] voraus, daß die Ehe bis zum Tode rechtlich und factisch bestanden habe[4]. — In Ermangelung von Verwandten und eines Ehegatten fällt die Erbschaft als herrenloses Gut an den Fiscus[5]. Dem Fiscus gehen jedoch vor, wenn der Verstorbene Geistlicher oder Soldat war, seine Kirche[6] bez. sein Regiment[7], und in Betreff des dem Verstorbenen vom Landesherrn zusammen mit einem Andern Geschenkten der Mitbeschenkte[8].

---

[2] Die Berufung des Ehegatten beruht auch nach Justinianischem Recht noch auf der bonorum possessio. L. un. D. unde vir et uxor 38. 11, l. un C. eod. 6. 18 („pro iure antiquo"), §. 6 (7) I. de B. P. 3. 9. Seuff. Arch. IX. 313.

[3] S. die zuvor citirten Stellen und vgl. noch l. 9 C. Th. de leg. her. 5. 1. Einen Erbanspruch neben Verwandten gewährt das römische Recht nur der armen Wittwe. S. darüber §. 574.

[4] L. un. D. cit. Factischer Bestand der Ehe: die Erbfolge wird nicht bloß durch Scheidung von Tisch und Bett ausgeschlossen, sondern auch durch außergerichtliche Trennung der Ehegatten. Vgl. l. un. D. cit. §. 1. Schirmer §. 13 Note 5.

[5] L. 4 C. de bon. vac. 10. 10, l. 96 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 20 §. 7 D. de H. P. 5. 3, l. 1 pr. l. 2 D. de succ. ed. 38. 9. Seuff. Arch. VIII. 275.

[6] L. 20 C. de ep. et cler. 1. 3, Nov. 131 c. 13, c. 7 C. 12 quae. 5. Die erste Stelle nennt außer der Kirche auch die Klöster: aber Klosterpersonen sind nach kanonischem Recht vermögensunfähig (§. 535 Note 2). Glück S. 749 fg.

[7] L. 6 §. 7 D. de iniusto 28. 3, l. 4 §. 17 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 2 C. de her. dec. 6. 62. Glück S. 755 fg. — Das römische Recht gibt ein gleiches Privilegium auch der curia, der cohors, dem collegium naviculariorum und dem collegium fabricensium. Tit. Cod. 6. 62 de hereditatibus decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium. Ueber die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen ist man einverstanden. Dagegen findet sich die Behauptung, daß nach der Praxis ein gleiches Privilegium auch der Universität, sowie dem Armeninstitute, in welchem der Verstorbene bis zu seinem Tode verpflegt worden sei, zustehe. Glück S. 761 fg. Dagegen v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 95 fg., Sintenis III §. 165 Anm. 5.

[8] Der s. g. socius liberalitatis imperialis. L. un. C. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit 10. 14. Er ist übrigens nicht Erbe, sondern gesetzlicher Vermächtnißnehmer. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Glück S. 762 fg., Sintenis a. a. O

2. Von der Berufung der Verwandten im Besonderen.

a. Personen, die berufen werden.

§. 571.

Ueber den Begriff der Verwandtschaft s. I §. 56[a]. Diejenige Verwandtschaft, welche nach Justinianischem Rechte allein in Betracht kommt, ist die Blutsverwandtschaft (Cognation)[1]. Und zwar werden die Blutsverwandten berufen ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gradeszahl[2], während das prätorische Edict allerdings eine solche Beschränkung machte[3]. — Adoption[4] begründet nicht Blutsverwandtschaft; aber sie begründet: a) wenn sie

---

§. 571. [1] Das ursprüngliche römische Recht gab Erbrecht nur den Agnaten. Die Cognaten berief zuerst der Prätor, jedoch, mit Ausnahme gewisser Descendenten, hinter allen Agnaten. Die spätere kaiserliche Gesetzgebung hob einzelne Cognaten aus dieser schlechten Stellung heraus, und setzte sie den Agnaten vor. Diese Richtung hat ihren Abschluß gefunden in Nov. 118 (vom Jahre 543), in welcher principiell ausgesprochen wurde, daß es nur auf Cognation und nicht auf Agnation ankommen solle (prooem. und c. 4). Geschichtliche Uebersichten bei Glück S. 169 fg., Arndts S. 669 fg., Vering S. 17 fg. 429 fg. 618 fg. 634 fg., Köppen (System) S. 2 fg. 15 fg., Schirmer S. 127 fg., Vangerow II §. 406—410. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden, die Nov. 118 berufe nicht sowohl die Cognaten, als vielmehr die Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten als solche (Löbenstern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. S. 25 fg.), oder sie berufe zwar die Cognaten, aber ihr Begriff der Cognation sei nicht der des früheren Rechts (Schirmer S. 190 Anm. 157), und es ist daraus die Consequenz gezogen worden, daß die Bestimmung des früheren Rechts, nach welcher Niemand berufen wird, der nicht zur Zeit des Todes des Erblassers wenigstens schon concipirt war (§. 535 Note 5) durch die Nov. 118 ganz (Löbenstern) oder theilweise (Schirmer, nämlich für den Fall der successiven Berufung) aufgehoben worden sei. S. dagegen Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 11 fg., Arndts S. 680, Vangerow II §. 411 Anm., Arndts Pand. §. 474 Anm. 4. 6.

[2] Nov. 118 c. 3 §. 1.

[3] Es berief die 6 ersten Grade und aus dem 7. Grade die Kinder von Geschwisterkindern, während die Agnatenerbfolge ebenfalls ohne alle Gradesbeschränkung eintrat. §. 5 I. de succ. cogn. 3. 5, l. 1 §. 3 l. 9 pr. D. unde cogn. 38. 8, l. 4 pr. D. de grad. 38. 10.

[4] Vgl. zum Folgenden: v. Löhr Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. III. 11 (1819). Mühlenbruch Forts. v. Glück XXXV S. 166 fg. (1832). Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 18 fg. (1839). Glück §. 157—159, Arndts a. a. O. S. 680. 685—689, Schirmer §. 11. Vangerow §. 412 Anm. Sintenis II §. 139 Anm. 55.

eine volle ist[5], die Rechte der Blutsverwandtschaft, soweit sie Agnation begründet und für die Dauer der Agnation[6]; b) wenn sie keine volle ist, Intestaterbrecht (nicht Notherbenrecht) für das Adoptivkind dem Adoptivvater gegenüber[7] (nicht umgekehrt); c) wenn sie durch eine Frau geschieht, Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirten und der Adoptivmutter mit gegenseitigem Erbrecht[8]. Die Rechte der Blutsverwandtschaft in der natürlichen Familie werden von der Adoption nicht berührt[9], und der Adoptirte beerbt daher seine Blutsverwandten und wird von denselben beerbt (in Gemeinschaft mit den betreffenden Adoptivverwandten), als wenn er nicht adoptirt worden wäre[10]. — Uneheliche Kinder

---

[5] Eine volle Adoption (s. g. adoptio plena) ist immer die Arrogation; die Adoption im engeren Sinne ist dann eine volle Adoption, wenn das Kind entweder seinem leiblichen Ascendenten, oder einem Fremden von seinem Großvater bei Lebzeiten seines Vaters in Adoption gegeben wird. L. 10 C. de adopt. 8. 48, §. 2 I. eod. 2. 11. Vgl. II. §. 524.

[6] L. 23 D. de adopt. 1. 7, l. 1 §. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 10 l. 5 D. de grad. 38. 10; l. 1 §. 6 l. 4 D. si tab. test. nullae 38, 6, l. 3 D. unde cogn. 38. 8, §. 11 I. de her. quae ab int. 3. 1. Daß dieß auch für das heutige Recht noch gelte, ist die herrschende Meinung. Dagegen behauptet Sintenis III §. 139 Anm. 35, es sei für das heutige Recht jene Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft mit dem antiquirten Begriff der „Agnatel" weggefallen, vielmehr begründe nach heutigem Recht die Adoption nur ein Verwandtschaftsverhältniß des Adoptivkindes zum Adoptivvater und dessen in seiner Gewalt befindlichen Kindern und ferneren Descendenten. Noch weiter geht Brinz S. 30. 802. 803, welcher die Adoptivverwandtschaft auf den Adoptivvater einerseits und das Adoptivkind und dessen Nachkommen andererseits einschränken will, und Arndts Pand. §. 425 Anm. 1 (vgl. RLex. III S. 686) erklärt wenigstens den Zweifel für berechtigt, „ob dem heutigen Rechtsbewußtsein eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche". Nach der Meinung Puchta's §. 455 a. E. soll „nach dem Geist des neueren Rechts" zu behaupten sein, daß die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters nur bis zum Tode dieses letzteren dauere; so auch Köppen Grundriß §. 46 a. E. Gegen Alles dieß s. Schirmer Note 26.

[7] L. 10 C. de adopt. 8. 48, §. 2 I. eod. 1. 11, §. 14 I. de her. quae ab int. 3. 1.

[8] L. 5 C. de adopt. 8. 48. Vgl II §. 524 Note 9.

[9] L. 1 §. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 10 D. de grad. 38. 10, §. 3 I. de succ. cogn. 3. 5.

[10] Nach älterem Rechte beerbte aber der Adoptirte seinen Vater (Großvater) als Kind (Enkel) in der Klasse unde liberi nur wenn der Adoptiv-

haben eine Mutter und mütterliche Verwandschaft, wie eheliche[11]: mit Ausnahme jedoch[12] der in blutschänderischer Verbindung[13]

---

vater ein väterlicher Ascendent war. Gai III. 31, §. 3 I. de succ. cogn. 3. 5, §. 13 I. de her. quae ab int. 3. 1, l. 3 §. 7. 8 l. 21 §. 1 D. de B. P. c. t. 37. 4. Durch l. 10 C. de adopt. 8. 48 ist dieß (für den Fall der adoptio plena) nicht geändert worden; nach der Nov. 118 aber, welche die cognatischen Descendenten ohne alle Unterscheidung beruft, müssen auch die in Adoption befindlichen Descendenten den Vater in der ersten Klasse beerben. — Doch ist das hier Gesagte nicht allgemein anerkannt. Es wird behauptet, die l. 10 C. cit. habe dem Adoptirten dem leiblichen Vater gegenüber alles Erbrecht (Mühlenbruch), oder doch das Kindeserbrecht entzogen (Büchel), oder es wird geleugnet, daß durch die Nov. 118 die bezeichnete Veränderung getroffen worden sei (so außer Mühlenbruch), auch Löhr, der umgekehrt nach der Novelle das Kind in allen Fällen nur in der vierten Klasse will erben lassen). S. dagegen Arndts, Vangerow, Schirmer a. a. OO. (den letzteren Note 17. 25 Nr. 1). Ueber das Erbrecht der natürlichen Familie gegenüber dem Adoptivkinde s. noch Vangerow a. a. O. a. E., Schirmer Note 25 Nr. 2 und die Citate daselbst.

[11] L. 2. 4. 8 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 2 D. de grad. 38. 10, §. 7 I. de SC. Tert. 3. 3, §. 3 I. de SC. Orf. 3. 4. Schirmer §. 12 Note 7 Seuff. Arch. I. 256.

[12] Vgl. zum Folgenden: Glück S. 490. 506. G. Ph. v. Bülow Abhandlungen I. 8 (1817). Spangenberg Arch. f. civ. Pr. XII. 22 (1829). Schirmer S. 225—231. Vangerow II §. 413 Anm. 2. — Eine andere in l. 5 C. ad SC. Orf. 6. 57 enthaltene Ausnahme: die unehelichen Kinder einer mater illustris sollen mit ehelichen nicht erben, ist heutzutage unpraktisch, weil wir illustres im Sinne der byzantinischen Rangordnung nicht mehr haben. Vgl. Glück S. 521—523, Mühlenbruch XXXV S. 158, Schirmer §. 12 Note 38.

[13] So die herrschende Meinung auf Grund von l. 6 C. de inc. nupt. 5. 5 und Nov. 12. In der neueren Zeit hat man diese Ausnahme bestritten oder angezweifelt, s. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 212, Mühlenbruch XXXV S. 158, Fritz in seiner Ausgabe von Wening-Ingenheim's Lehrbuch §. 433 Note w, Vangerow §. 413 Anm. 2, Sintenis III §. 162 Note 8, Keller Pand. §. 467, Vering S. 648, Schirmer §. 12 Note 41, Seuffert Arch. I. 257. Man hat hauptsächlich geltend gemacht, daß l. 6 cit. durch Nov. 12, welche über die incestuose Mutter die Vermögensconfiscation verhängt hat, aufgehoben worden sei (vgl. §. 535 Note 9 lit. e). Man hätte hinzufügen können, daß Nov. 12 ausdrücklich erklärt, es sei unbillig, das Verbrechen der Aeltern an den unschuldigen Kindern zu rächen, und daß sie demgemäß, was die bereits vor Nov. 12 geschlossenen Verbindungen angeht, den Kindern Erbrecht gegen ihre Aeltern (mit gewissen Beschränkungen) nicht versagt. Aber auf der anderen Seite schließt das Gesetz die Kinder, welche aus einer von nun an einzugehenden blutschänderischen Verbindung geboren werden

Erzeugten[14]. Dagegen haben uneheliche Kinder weder einen Vater noch väterliche Verwandtschaft[15], mit Ausnahme der Legitimirten[16] und der aus einer putativen Ehe Erzeugten[17]. Eine weit ver=

---

würden, von dem Vermögen der Aeltern (was die Mutter angeht s. c. 1 i. f. vollständig aus; wenn man gesagt hat, es ziehe sie nur dem Fiscus nicht vor, so trifft man damit gewiß nicht den eigentlichen Sinn Justinian's — er nimmt den Aeltern ihr Vermögen, und gibt es denjenigen, welche es nach seiner Meinung würdig sind zu haben, den aus gültiger Ehe Gebornen, in Ermangelung Solcher dem Fiscus. Hierzu kommt, daß Justinian nicht nur in Nov. 74 c. 6 und Nov. 89 c. 15 die incestuosi von jeder Erbfolge in das Vermögen des Vaters ausschließt, sondern auch in Nov. 139 (vgl. Nov. 154) ihre Erbunfähigkeit den Aeltern überhaupt gegenüber als geltendes Recht behandelt. Hiernach scheint mir die bezeichnete Opposition keinen Grund zu haben. Vgl. auch Brinz S. 804, Köppen §. 5 Anm. 37 zweite Hälfte. — Die Gesetze sprechen nur von einer incestuosen Ehe, und dürfen auf geschlechtliche Verbindungen, welchen nicht die Absicht der Ehe zu Grunde liegt, nicht ausgedehnt werden. Dagegen Glück §. 136 und die daselbst Citirten, Roßhirt Einleitung in das Erbrecht 2c. S. 213; aber s. v. Bülow und Spangenberg a. a. OO., Francke Recht der Notherben S. 180, Mühlenbruch XXXIX S. 344 fg., Schirmer §. 12 Note 42, Holzschuher II §. 134 Nr. 2. — Da die in putativer Ehe erzeugten Kinder überhaupt den ehelichen rechtlich gleichstehen (Note 17), so fällt bei ihnen auch die Erbunfähigkeit gegen die Mutter wegen Incestes weg.

[14] Eine wenigstens früher sehr verbreitete Ansicht (vgl. Glück S. 501) stellt den in Blutschande Erzeugten die in Ehebruch und Bigamie Erzeugten gleich. Diese Ansicht stützt sich namentlich auf den Ausdruck der Nov. 89 c. 15: „qui ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit", dessen wirklicher Sinn doch nach Nov. 12 c. 1: „si quis illicitas et contrarias naturae (quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat) contraxerit nuptias" keinem Zweifel unterliegt. Gegen diese Ansicht v. Bülow und Spangenberg a. a. OO., Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 215, Francke Recht der Notherben S. 179 Note 20, Mühlenbruch XXXV S. 160, Arndts RLex. III S. 684, Köppen §. 5 Anm. 37 a. E., Vangerow a. a. O., Holzschuher II §. 134 Nr. 2. Doch nimmt Schirmer a. a. O. Note 43 für die Ausdehnung der römischen Bestimmung auf die adulterini eine gemeinrechtliche Praxis in Anspruch.

[15] S. I §. 56b Note 4. und außerdem noch l. 4 D. unde. cogn. 38. 8, §. 4 I. de succ. cogn. 3. 5.

[16] S. II §. 522.

[17] S. I §. 56b Note 5. Es wird aber öffentlicher Abschluß der Ehe d. h. (nach heutigem Recht) vorhergehendes Aufgebot verlangt, c. 3 §. 1 X de cland. despons. 4. 3. Befindet sich einer der Ehegatten nicht im Irrthum, so hat dieser Erbrecht nicht. Vgl. Glück §. 156, Schirmer §. 12 S. 213—215, Holzschuher II §. 134 Nr. 6.

breitete Praxis gibt Erbrecht gegen den Erzeuger, und zwar Kindeserbrecht, auch den Brautkindern[18]. Ueber den Anspruch anderer unehelichen Kinder auf einen Theil des Nachlasses s. §. 574 Num. 3.

b. Ordnung der Berufung.

§. 572.

Die Verwandten werden berufen nach folgenden Klassen, von denen je die vorhergehende die nachfolgende ausschließt.

1. Descendenten[1]. Berufen werden sämmtliche Descendenten, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt[2] und Geschlecht[3], und ohne Rücksicht auf Gradesnähe[4]; nur wird der dem Grade nach

---

[18] Verlangt wird aber ein gültiges Verlöbniß, und daß die Vollziehung der Ehe durch den Tod eines Theils oder grundlose Weigerung des Vaters unmöglich geworden sei. Vgl. Uihlein Arch. f. civ. Pr. XIII. 6 (1830), Pfeiffer prakt. Ausführungen VIII. 7 (1846); Glück §. 155, Mayer I §. 81 Note 6—8, Schirmer §. 12 S. 215—218; Holzschuher II §. 134 Nr. 5. Seuff. Arch. VIII. 65, XV. 143, XIX. 166. Ein festes Gewohnheitsrecht leugnen die von Heffter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 9 mitgetheilten Erkenntnisse der Juristenfacultäten zu Berlin, Marburg und Heidelberg, ferner das Erk. des AOG. zu Rostock bei Seuff. Arch. XII. 344 (Buchka und Budde Entscheidungen II S. 252 fg.); vgl. auch Seuff. Arch. V. 200. — Erbrecht der Brautkinder auch gegen die Verwandten des Vaters? Schirmer a. a. O. S. 219. Seuff. Arch. VIII. 65. Des Vaters gegen das Brautkind? Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 9, Schirmer a. a. O. Note 19, Seuff. Arch. VIII. 66. IX. 189.

§. 572. [1] Nov. 118. c. 1.

[2] Nov. 118 l. c.: — „sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit". Das alte Civilrecht berief nur die in väterlicher Gewalt stehenden Descendenten, der Prätor (unter der technischen Bezeichnung liberi) außerdem die Emancipirten und solche, bei welchen die Abwesenheit der väterlichen Gewalt nur Zufall, nicht Nothwendigkeit war; die übrigen cognatischen Descendenten haben Erbrecht vor Ascendenten und Seitenverwandten erst durch das SC. Orphitianum (unter K. Marcus) und die nachconstantinische Gesetzgebung erhalten.

[3] Nov. 118 l. c.: — „cuiuslibet naturae (φύσεως)", „cuiuslibet sexus". Und dann: „nulla introducenda differentia sive masculi sive feminae sint". Einen Vorzug des männlichen Geschlechts vor dem weiblichen hat übrigens das römische Recht in der Klasse der Descendenten nie gekannt.

[4] Nov. 118 l. c.: — „cuiuslibet . . gradus". Und dann: „in hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex prae-

fernere Descendent nicht gerufen, wenn der ihm vorangehende Ascendent noch lebt[4]. — Getheilt wird zwischen den mehreren Berufenen nicht nach Köpfen sondern nach Stämmen, d. h. die Erbschaft wird zunächst in so viele Theile zerlegt, als der Erblasser lebende Kinder oder gestorbene Kinder mit lebenden Nachkommen hinterlassen hat, und das auf jeden Stamm Fallende wird in derselben Weise weiter vertheilt[5]. Mehrfache Verwandtschaft gibt

---

mortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus". Ferner: — „sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios (filii) aut filias (filiae) aut alios (alii) descendentes in proprii parentis locum succedere (succedant)". — Auf den Ausdruck in locum succedere, welcher auch sonst vorkommt (so in §. 6 I. de her. quae ab int. 3. 1: — „aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere", §. 15 i. f. eod.: „lex duodecim tabularum . . filio mortuo nepotes vel neptes in locum . . patris sui ad successionem avi vocat", Gai. III. 7. 8, Ulp. XXVI. 2, vgl. auch Note 11), hat man die Anschauung gegründet, als gelangten die dem Grade nach ferneren Descendenten nicht aus eigenem Rechte, sondern aus dem Rechte ihres vorverstorbenen parens, durch „Repräsentation" desselben (Repräsentationsrecht), zur Erbfolge, und man hat nicht unterlassen, aus dieser Anschauung auch praktische Folgerungen zu ziehen, so z. B. daß der dem Grade nach Fernere nur dann berufen werden soll, wenn er seinen vorverstorbenen parens beerbt habe und dieser erbfähig gewesen sei. Andere haben zwischen einer Repräsentation der Person und einer Repräsentation des Grades, oder zwischen einer Repräsentation zum Behuf des Rechts der Erbfolge und einer Repräsentation zum Behuf der Erbtheilung, unterschieden, in dem Sinne, daß der fernere Descendent zwar aus eigenem Recht zur Erbfolge gelangen soll, aber doch jedenfalls für die Erbtheilung als Vertreter seines vorverstorbenen parens anzusehen sei, und daher sich z. B. die Schulden desselben gegen den Erblasser auf seinen Erbtheil anrechnen lassen müsse. Vgl. Glück §. 23—26 und die das. Citirten. Jetzt ist die ganze Vorstellung wohl vollständig aufgegeben. Vgl. Francke Beiträge I S. 176 fg., Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 217 fg., Schirmer §. 14 S. 246 fg., Vangerow II §. 414 Anm. 2, Sintenis II §. 163 Anm. 11, Unger §. 33 Anm. 4. Vgl. auch Holzschuher II §. 134 Note 9.

[5] Oder: die dem Grade nach ferneren Descendenten bekommen zusammen den Theil, welchen ihr verstorbener parens erhalten haben würde, wenn er selbst zur Erbfolge gelangt wäre. Nov. 118 l. c.: — „tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam sucessionem in stirpes vocavit antiquitas". Vgl. §. 6 I. de her. ab int. 3. 1 (Gai. III. 8): „Et quia placuit, nepotes neptesque . . in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam habeat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam . .".

daher mehrfachen Theil[6]. — Die erbenden Descendenten bekommen dasjenige, was sie erben, nicht nothwendigerweise auch zum Genuß. a) Stand der Erblasser unter väterlicher Gewalt, so behält dessen Vater den ihm zustehenden Nießbrauch[7]. b) Wenn eine Mutter von ihren Kindern oder eine Großmutter von ihren Enkeln ꝛc. beerbt wird, so erhält der Vater bez. Großvater ꝛc. derselben (der Ehemann der Erblasserin), auch wenn er die Kinder nicht in der Gewalt hat, den Nießbrauch an einem Kopftheile[8]. — Ist der Erblasser mehrere Male verheirathet gewesen, so bekommen die Kinder der zweiten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe zum Voraus[9].

L. 2. C. de suis et leg. 6. 55. — Wenn Enkel bloß von Einem Sohne oder Einer Tochter, oder wenn von mehreren Söhnen oder Töchtern Enkel in je gleicher Zahl vorhanden sind, so führen Kopf- und Stammtheilung zu demselben Resultate. Dennoch ist es nicht ohne praktisches Interesse, festzuhalten, daß ihre Theile nicht ursprüngliche, also Kopftheile, sondern daß sie durch Zerlegung eines Stammtheiles entstanden sind. Vgl. z. B. §. 574 Note 8. Büchel Streitfragen S. 226 fg., Schirmer S. 273 fg., Vangerow II §. 415 Anm. 1.

[6] So erhalten doppelten Theil Kinder von Geschwisterkindern neben andern Urenkeln.

[7] Schon vor der Nov. 118 wurde das der Gewalt unterworfene Kind in sein peculium adventicium und castrense von seinen Descendenten wie ein Gewaltfreier beerbt. L. 11 C. comm. de success. 6. 59, l. 6 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, pr. I. quib. non est. perm. 2. 12 (*vv.* „nullis liberis vel fratribus superstitibus"). Vgl. Schirmer S. 172 fg., Vangerow II §. 409 Anm. Nr. IV. [Fitting das castrense peculium S. 341.] Justinian hat dieß in Nov. 118 noch einmal bestätigt („Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii . . etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est"), dabei aber ausdrücklich hinzufügt: „nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari nostras de his omnibus leges parentibus custodimus". Vgl. II §. 525 Note 21.

[8] L. 3 C. de bon. mat. 6. 60. Die Stelle spricht zwar einerseits nur von Emancipirten, aber doch andererseits auch von Enkeln von Töchtern. Vgl. überhaupt und im Besondern über die Berechnung des Antheils des Großvaters Enkeln gegenüber: Schrader Abhandlungen aus dem Civilr. Nr. 4, Glück §. 84, Schirmer S. 294 fg., Vangerow II §. 415 Anm. 2 Nr. 3, Sintenis III §. 165 Anm. 4.

[9] Wie an die Kinder der ersten Ehe Dos und Eheschenkung dieser Ehe sofort mit Eingehung der zweiten Ehe gefallen ist. S. II §. 511 Nr. 1 und speciell Note 7.

2. [10]Ascendenten, vollbürtige Geschwister und verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder[11] (nicht fernere Descendenten[12]). — Bei den Ascendenten entscheidet Gradesnähe; mehrere dem Grade nach gleiche theilen, wenn sie der nämlichen Linie angehören, nach Köpfen; wenn sie verschiedenen Linien angehören, erhält jede Linie die Hälfte, und erst die auf jede Linie fallende Hälfte wird unter die derselben Angehörigen nach Köpfen vertheilt[13]. — Geschwister erhalten je gleichen Theil; wenn Geschwisterkinder mit ihnen erben, so erhalten diese zusammen nur den Theil

---

[10] Nov. 118 c. 2. 3 pr., Nov. 127 c. 1.

[11] Auch von den Geschwisterkindern heißt es in der Novelle, daß sie in parentum locum, ein anderes Mal, daß sie in parentum iura (δίκαια) succedunt, und so hat man auch für sie ein „Repräsentationsrecht" mit den daraus hergleiteten Consequenzen angenommen. S. Note 4 und die Citate das. (Nach der Theorie Glück's a. a. O. soll bei ihnen nicht bloß die Erbtheilung, sondern auch das Recht der Erbfolge auf der Repräsentation beruhen.) — Uebrigens beruft die Nov. 118 Geschwisterkindern nur neben Geschwistern, während sie ihnen ausdrücklich Erbrecht für den Fall versagt, daß neben den Geschwistern auch Ascendenten vorhanden sind. Dieß ist erst durch Nov. 127 c. 1 geändert worden. — Daß Geschwisterkinder neben Ascendenten auch dann erben sollen, wenn keine Geschwister vorhanden sind, ist auch in der Nov. 127 nicht ausdrücklich gesagt, liegt aber gewiß im Sinne des Gesetzgebers. Wenn dieß auch von Andern bestritten wird, so ist doch jedenfalls für die Concurrenz der Geschwisterkinder eine constante Praxis. Vgl. Glück S. 639 fg., Arndts RLex. V S. 692, Büchel Streitfragen ꝛc. S. 170, v. Helmolt civil. Abhandlungen Heft 1 S. 12 fg., Puchta Vorll. zu §. 457, Schirmer §. 14 Note 22, Vangerow II §. 416 Anm. 1 (S. 54). Auch die bezeichnete Praxis leugnet übrigens das Erk. des OAG. zu Celle bei Seuff. Arch. V. 300.

[12] Nov. 118 c. 3 pr.: — „Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et foeminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur".

[13] Nov. 118 c. 2: — „Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximo gradu inveniuntur, masculos et foeminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit". S. g. Theilung in lineas (der Ausdruck ist ohne quellenmäßigen Anhalt), eine Combination von Stamm- und Kopftheilung. Glück S. 644 fg., Schirmer §. 16 Anm. 25, Vangerow II §. 416 Anm. 2 Nr. 1. — Davon, daß das väterliche Vermögen an die väterlichen, das mütterliche an die mütterlichen Ascendenten falle, weiß das römische Recht nichts. Vgl. Schirmer §. 16 Anm. 50.

ihres vorverstorbenen Vaters oder ihrer vorverstorbenen Mutter[14]. Geschwisterkinder allein theilen nach Köpfen[15]. — Concurriren Ascendenten mit Geschwistern[16] oder Geschwisterkindern, so wird nach Köpfen getheilt[17]; nur daß die Geschwisterkinder zusammen nur je Einen Theil erhalten[18]. — Auch in dieser Klasse gibt doppelte Verwandtschaft doppelten Theil[19]. Ob der Erblasser unter väterlicher Gewalt stand oder nicht, ist auch in dieser Klasse gleichgültig[20]. Der Nießbrauch des Gewalthabers am Vermögen des Erblassers hört in dieser Klasse mit seinem Tode auf[21].

---

[14] Nov. 118 c. 3 pr. — „Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et foeminis, et quanticunque fuerint tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset". Nov. 127 c. 1.

[15] So entschied der Reichstag von Speier 1529 (§. 31) einen seit der Zeit der Glossatoren über diesen Punkt geführten Streit, gewiß gegen den Sinn des Gesetzes. Vgl. Glück S. 664 fg., Büchel Streitfragen S. 190 fg., Schirmer §. 16 S. 277—283, Vangerow II §. 416 Anm. 2 Nr. 3.

[16] Ueber die Meinung einiger Aelteren, daß neben Geschwistern nur Vater und Mutter, nicht die ferneren Ascendenten gerufen würden, s. Glück S. 632 fg., Schirmer §. 14 Note 18.

[17] Nov. 118 c. 2: — „Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem . .". Nov. 127 c. 1: — „cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset". Vgl. Schirmer §. 16 Anm. 28. 29.

[18] Glück S. 654.

[19] Der Fall ist näher so zu denken, daß der Erblasser Kind von Geschwisterkindern ist, und außer den gemeinschaftlichen Großältern seiner Aeltern oder Einem derselben noch andere Urgroßältern hinterläßt.

[20] Nov. 118 c. 2: — „differentia nulla servanda . . sive . . suae potestatis sive sub potestate fuerit is, cui succedunt". Ueber das Recht des Gewalthabers an dem Vermögen des ohne Descendenten gestorbenen Hauskindes vor der Nov. 118 (zuletzt l. 7 §. 1 C. ad SC. Tert. 6. 56, l. 11 C. comm. de succ. 6. 59, l. 6 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, pr. I. quib. non est perm. 2. 12 *vv.* nullis liberis vel fratribus superstitibus") vgl. Schirmer S. 172 fg., Vangerow II §. 409 Anm. Nr. IV. [Fitting das castrense peculium S. 341 fg.]. — Ob auch das dem parens manumissor auf Grund der Emancipation im älteren Recht zustehende Erbrecht (Schirmer S. 185 fg., Vangerow II §. 409 Anm. Nr. V, Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Ma-

3. Halbbürtige Geschwister und verstorbener halbbürtiger Geschwister Kinder (nicht fernere Descendenten). Theilung wie bei den vollbürtigen Geschwistern[22].

4. Alle andern Verwandten, mit Vorzug des dem Grade nach Nächsten und mit gleicher Theilberechtigung der dem Grade

---

numissor S. 153 fg.) durch die Nov. 118 ganz beseitigt worden sei, ist nicht ganz unbestritten. Dawider Mayer in seinem Programm de hereditate parentis manumissoris (1832) und Erbrecht §. 85 Note 5 (welcher aber für das heutige Recht die Fortdauer dieses Erbrechts nicht in Anspruch nimmt); dafür die Mehrzahl der Schriftsteller und namentlich Francke in seinem Programm de manumissorum successione (1835), Mühlenbruch XXXV S. 219 fg., Arndts RLex. V S. 681 fg., Schirmer §. 10 Note 157a, Schmidt a. a. O. S. 163 fg.

[21] Er ist durch den an ihn gefallenen Theil der Proprietät entschädigt. Die Nov. 118 fährt nach den in Note 17 citirten Worten so fort: „nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem". Man hat wohl diese Worte dahin verstehen wollen, daß durch sie nur der Erwerb eines neuen Nießbrauchs an dem an die gewaltunterworfenen Geschwister gefallenen Theil des peculium castrense und peculium adventicium extraordinarium des Erblassers ausgeschlossen werden solle; s. darüber und dagegen Glück §. 174, v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 165 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 206 fg., v. Buchholtz das. XIV S. 295 fg., Schirmer S. 296 Note 60, Vangerow II §. 416 Anm. 3. Andererseits ist auch, wenn gleich nur vereinzelt, die Meinung aufgestellt worden, daß die bezeichneten Worte nur die Fortdauer des bestehenden Nießbrauches, nicht aber den Erwerb eines neuen ausschließen wollen, s. dagegen v. Buchholtz a. a. O. 301 fg.

[22] Nov. 118 c. 3. — Halbgeschwister sind auch uneheliche Kinder der Mutter, sowie Adoptivkinder des Vaters. Ueber die Frage, ob Adoptivkinder nicht wenigstens dann Vollgeschwister sind, wenn sie von derselben Mutter geboren sind, vgl. einerseits Arndts RLex. V S. 690 Anm. 143, andererseits Schirmer §. 14 Anm. 17. — Auch in dieser Klasse kann mehrfache Verwandtschaft, mit Anspruch auf mehrfachen Theil, vorkommen, wenn nämlich s. g. zusammengebrachte Geschwister (Kinder aus früheren Ehen ihrer Stiefeltern) sich verheirathen, und ein Kind derselben neben den Geschwistern ihrer Aeltern erbt. Eine früher sehr verbreitete, auf l. 13 §. 2 C. de leg. 6. 58 gestützte Meinung, wonach, wenn Halbgeschwister von Vaters- und von Muttersseite erben, jene das väterliche diese das mütterliche Vermögen zum Voraus haben sollen, ist jetzt aufgegeben. Vgl. Glück S. 712 fg., Francke Beiträge Nr. 7, Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts Nr. 7, Schlesinger Arch. f. civ. Pr. L. 8 (welcher im Resultate mit den beiden zuvor genannten Schriftstellern einverstanden ist, nicht aber in der Auslegung der l. 13 C. de leg. her. 6. 58), Vangerow II §. 417 Anm. und die übrigen das. Citirten.

nach Gleichen[23]. Vollbürtige Verwandtschaft gibt in dieser Klasse einen Vorzug vor der halbbürtigen nicht[24].

C. Successive Berufung*.

§. 573.

Successive Berufung ist die Berufung, welche zu Gunsten des in der Erbfolgeordnung Folgenden eintritt, wenn der vor ihm Berufene, in dessen Ermangelung er sofort berufen worden wäre, die Erbschaft nicht erwirbt[1]. Die successive Berufung schreitet nicht bloß von Klasse zu Klasse fort[2], sondern auch innerhalb derselben Klasse von Grad zu Grad[3], und sie schreitet von Grad zu Grad nicht bloß dann fort, wenn in dieser Klasse Gradesnähe entscheidet, sondern auch dann, wenn die dieser Klasse Angehörigen ohne Rücksicht auf Gradesnähe gerufen werden[4].

---

[23] Nov. 118 c. 3 §. 1. — „Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant".

[24] Das Gesetz weiß von einem solchen Vorzug Nichts, während es ihn unmittelbar vorher für die Klasse der Geschwister ausdrücklich hervorhebt.

§. 573. * Glück §. 66. 102—106. 144. 151—152. Mayer §. 65. 80. Arndts S. 693—696. Vering S. 432. 581. 620. 665. Schirmer §. 15. Vangerow II §. 420. 421. Sintenis III S. 316 fg.

[1] Das Princip der successiven Berufung war dem Civilrecht unbekannt; wenn der zunächst Berufene nicht Erbe wurde (was übrigens in der Klasse der sui nicht vorkommen konnte), so erfolgte eine weitere Berufung nicht. „In legitimis hereditatibus successio non est". Ulp. XXVI. 5, Paul. S. R. IV. 8 §. 23, Gai. III. 12. 22, §. 7 I. de leg. agn. succ. 3. 2. Das Princip der successiven Delation ist zuerst vom Prätor für seine bonorum possessio aufgestellt (Ulp. XXVIII. 11, l. 1 §. 10 D. de succ. ed. 38. 9, l. 2 pr. D. de bon. lib. 38. 2, §. 9 I. de B. P. 3. 9), dann von Justinian auch auf die civile Erbschaft übertragen worden, in einer verloren gegangenen Constitution (restituirt als l. 4 C. de iure patr. 6. 4), deren betreffende Bestimmung berichtet wird in §. 7 I. de leg. agn. succ. 3. 2.

[2] S. g. successio ordinum.

[3] S. g. successio graduum.

[4] Der Fall ist näher so zu denken, daß ein dem Grade nach Fernerer von der Erbschaft durch einen ihn verdeckenden Ascendenten ausgeschlossen wird, und daß dann dieser Ascendent nicht erwirbt. Es wird also berufen,

Sie tritt ferner nicht bloß dann ein, wenn von den zunächst Berufenen Keiner erwirbt, sondern auch, wenn nicht Alle erwerben, für den Theil des Nichterwerbenden[5]. Dagegen tritt, wenn nicht

---

wenn das Kind nicht erwirbt, der Enkel 2c., wenn Bruder oder Schwester nicht erwerben, deren Kind; nicht aber wird berufen die folgende Klasse. Dieß ist in der neueren Zeit geleugnet worden, entweder für Enkel 2c. und Geschwisterkinder (Puchta § 458. e und Vorll. dazu), oder doch für die letzteren (Büchel Streitfragen 2c. S. 171 fg.). In der That ist es, was das ältere Recht angeht, äußerst zweifelhaft, ob dasselbe auch in der Klasse der Descendenten (welche für das ältere Recht, dem eine Concurrenz zwischen Geschwistern und Geschwisterkindern unbekannt war, hier allein in Betracht kommen kann) eine successio graduum anerkannt habe; es ist äußerst zweifelhaft sowohl für die bonorum possessio, wie für die Justinianische Verordnung in Betreff der civilen Erbschaft, und jedenfalls liegt ein schwer zu beseitigendes Argument dagegen in l. 34 C. de inoff. test. 3. 28 (vgl. §. 579 Note 9). Vgl. namentlich Büchel Streitfragen 2c. S. 94 fg., Leist die Bonorum possessio II. 1 S. 248, Vangerow II §. 407, Schirmer § 15 Note 15. Wie dem auch sein mag, so sollte jedenfalls für die Novelle 118 nicht bezweifelt werden, daß dieselbe hinter den Descendenten und den Geschwisterkindern eine fernere Klasse nicht habe zulassen wollen, so lange ein erbfähiger Descendent oder ein erbfähiges Geschwisterkind vorhanden ist. Nov. 118 c. 1; „Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae aut gradus . . . omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur". c. 2: „Si igitur descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint . .".c. 3 §. 1. „Si vero neque fratres neque filios fratrum . . defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus . .". Vgl. auch Büchel a. a. O. S. 114 fg., Arndts RLex. V S. 694, v. Helmolt civil. Abhandlungen Heft 1 S. 10 fg., Schirmer S. 260 fg., Vangerow II. §. 420 Note 8; speciell gegen Büchel Schirmer a. a. O. Note 23, Vangerow II §. 416 Anm. 1 (S. 54 fg.).

[5] Eine äußerst bestrittene und, wie sogleich hinzugefügt werden muß, mit Sicherheit kaum zu entscheidende Frage. Nach einer entgegengesetzten Ansicht soll der Theil des nicht Erwerbenden nicht weiter vergeben sondern den zum Erwerb Gelangenden zugelegt werden (accresciren, anwachsen). Man hat daher die Frage auch so ausgedrückt: tritt successio graduum oder Accrescenzrecht ein? Die einzelnen Fälle, um welche es sich hier handelt, sind folgende. a) Von zwei zusammen berufenen Descendenten erwirbt der eine nicht; fällt sein Theil an seine Kinder 2c., oder an den andern Berufenen? b) Es sind Geschwister zusammen berufen; fällt der Theil des nicht Erwerbenden an seine Kinder, oder an den Mitberufenen? c) Es sind neben einem Ascendenten Geschwister oder Geschwisterkinder berufen; fällt der Theil des nicht erwerbenden Ascendenten an den dem Grade nach ferneren Ascendenten, oder an die Geschwister bez. Geschwisterkinder? Früher wurde es kaum bezweifelt, daß in allen diesen

alle Berufenen erwerben, nicht eine neue Berufung auch für die Erwerbenden ein[6].

Fällen Anwachsungsrecht eintrete (vgl. Glück S. 573); nur für den Fall des Nichterwerbes wegen Todes des Berufenen wurde vereinzelt eine Ausnahme gemacht (Koch successio ab intestato §. 102, vgl. Glück S. 577 fg., Vangerow II §. 420 Anm. g. E.). Auch heutzutage ist noch die Mehrzahl der Juristen dieser Meinung; v. Helmolt hat ihrer Vertheidigung eine besondere Schrift gewidmet (civilistische Abhandlungen Heft 1: das Accrescenzrecht und die successio graduum der Novellen 118 und 127 [1855]); s. außerdem namentlich Büchel Streitfragen 2c. S. 82 fg., Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 272 fg., Schirmer I S. 264 fg., Vangerow II §. 420 Anm. S. 64 fg. Für die successio graduum dagegen haben sich in der neueren Zeit erklärt namentlich Francke Beiträge Nr. 8, Mayer Anwachsungsrecht S. 284 fg. und Erbrecht I §. 65 Note 4, Sintenis III §. 163 Anm. 16, Brinz S. 808 fg. [dieser jedoch mit einer Beschränkung]. Es möchte hierbei auf folgende Punkte ankommen. 1) Ohne allen Zweifel werden Personen, welche zusammen berufen werden, jede auf die Erbschaft, auf die Erbschaft als Ganzes, berufen, und deßwegen nicht weniger auf die Erbschaft, weil sie auf die Erbschaft zu einem Theile berufen werden. Daraus folgt, daß auch der Gegenstand ihres Erwerbes die Erbschaft ist, und daß sie von derselben Soviel erhalten, als der Mitberufene ihnen nicht nimmt. Man thut m. E. Unrecht, dieß zu bestreiten. Vgl. §. 603 Note 1, §. 604 Num. 2. 2) Aber ebenso Unrecht thut man, wenn man mit diesem Gesichtspunkt die ganze Frage für entschieden hält; denn wie oft bemerkt worden ist: warum sollte das Recht nicht gerade so gut an Stelle eines Mitberufenen einen andern Mitberufenen setzen können, wie an Stelle eines Berufenen einen andern Berufenen? Und es thut das ja unbestritten in dem Falle, wo einem Miteingesetzten ein Vulgarsubstitut gegeben worden ist. S. auch §. 603 Note 10. 3) So wird die ganze Frage zu einer Interpretationsfrage; was ist als der Wille Justinian's in Nov. 118 anzunehmen: daß für den Theil des Mitberufenen eine neue Berufung eintreten solle, oder nicht? Wenn man dabei ein entscheidendes Gewicht darauf hat legen wollen, daß Justinian fernere Descendenten und Geschwisterkinder an Stelle ihrer vorverstorbenen Aeltern berufe, so ist es mir nicht zweifelhaft, daß ein argumentum a contrario aus dieser Fassung unzulässig ist; der Gesetzgeber hat eben an diesen Fall allein gedacht, denjenigen aber, welcher uns beschäftigt, sich nicht zum Bewußtsein gebracht. Sollen wir nun sagen, daß, eben weil der Gesetzgeber an diesen Fall nicht gedacht hat, er für denselben auch nichts habe vorschreiben wollen, daß also die Mitberufenen, um die es sich hier handelt, Mitberufene schlechthin, Mitberufene ohne gesetzliche Substituten sind? Dieß ist der Standpunkt von Schirmer. Ich bin anderer Ansicht. Wenn die Auslegung wirklich das Recht hat, welches ihr meiner Ansicht nach nimmer bestritten werden darf, auch den nicht gedachten Gedanken des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen I § 22), so gebe ich gerne zu, daß man über den eigentlichen Gedanken Justinian's in diesem Falle, über den Gedanken, den er gedacht haben würde,

Wiederaufhebung des Erwerbes steht dem Nichterwerbe nicht in allen Fällen gleich[7].

D. Außerordentliche Erbfolge.

§. 574.

Gewisse Personen erhalten einen gewissen Theil der Erbschaft, wer auch sonst Erbe werden mag; dieß ist es, was hier unter außerordentlicher Erbfolge verstanden wird[1].

---

wenn er auf diesen Fall aufmerksam geworden wäre, verschiedener Meinung sein kann: ich für meinen Theil aber kann es nicht für wahrscheinlich halten, daß Justinian den Enkel oder das Geschwisterkind zu Gunsten des Oheims oder der Tante ausgeschlossen, und überhaupt, daß er Gewicht darauf gelegt haben würde, ob der Umstand, welcher den im Grade Ferneren frei macht, vor oder nach dem Tode des Erblassers eingetreten ist. Vgl. auch Unger § 33 Anm 2. 4) Daß aus l. 2 §. 18 D. ad SC. Tert. 38. 17 keine Entscheidung hergenommen werden kann (welche übrigens für die hier vertheidigte Meinung ausfallen würde), darüber s. Schirmer §. 15 Anm. 33 und die das. Citirten.

[6] Eine neue Berufung mit der ihr entsprechenden Vertheilung. Die Fälle, in welchen dieß von praktischer Wichtigkeit ist, sind die der Berufung von Geschwistern neben Ascendenten oder neben Geschwisterkinder; fallen hier die Geschwister weg, so verwandelt sich nicht die Kopftheilung der Ascendenten in Linientheilung, nicht die Stammtheilung der Geschwisterkinder in Kopftheilung, sondern das Nichterworbene wächst den Ascendenten bez. Geschwisterkindern nach ihren Theilen zu. Es ist eben ein Unterschied: neue Berufung für den ausfallenden Theil, und neue Berufung für die ganze Erbschaft. Daraus, daß die erste dem Sinne des Gesetzgebers gemäß ist, folgt nicht, daß auch die zweite es ist. Für die hier gegebene Entscheidung ist auch die herrschende Meinung, vgl. Glück §. 180, Büchel Streitfragen ꝛc. S. 230 fg., Mühlenbruch XLIII S. 292 fg., Arndts RLex. V S. 695—696, v. Helmolt a. a. O. S. 83 fg., Brinz S. 811, Schirmer §. 16 Anm. 42, Sintenis III §. 164 Note 14, Vangerow II §. 421 Anm.; dawider Mayer Anwachsungsrecht S. 251 fg., Witte RLex. I S. 278 fg. Auch hier hat man sich auf l. 2 §. 18 D. ad SC. Tert. 38. 17 berufen (Note 5 a. E.); ferner auf l. 2 C. ad SC. Orph. 6. 57, s. dagegen namentlich Büchel S. 250 fg., Vangerow a. a. O. a. E.

[7] Dem Nichterwerbe steht gleich die Wiederaufhebung des Erwerbes des suus durch beneficium abstinendi, nicht dagegen die Wiederaufhebung des Erwerbes durch in integrum restitutio. L. 6 C. de leg. her. 6. 58, l. 2 D. de succ. ed. 38. 9. Vgl. Schirmer §. 15 Note 24—26.

[1] Andere gebrauchen diesen Ausdruck in anderem Sinne, zur Bezeichnung des Gegensatzes entweder zur Erbfolge der Verwandten oder zur Erbfolge der Verwandten und des Ehegatten. §. 574.

1. S. g. Quart der armen Wittwe[2]. Die Wittwe des Erblassers[3], welche bis zum Tode desselben mit ihm zusammen gelebt hat[4], erhält, wenn sie weder durch eine an sie zurückfallende Dos noch durch sonstiges Vermögen gegen Noth geschützt ist[5], neben allen Erben[6] den vierten Theil des Nachlasses, jedoch nicht Mehr als hundert Pfund Goldes[7], und neben Kindern nicht Mehr

---

[2] Nov. 53 c. 6, Nov. 117 c. 5. Literatur: Martin Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegiums der Universität Heidelberg I S. 356 fg. (1808). v. Löhr Magazin f. RW. und Gesetzgeb. III S. 359—385 (1819). Ders. Arch. f. civ. Pr. XXII. 1 (1839). Glück §. 117—126, Arndts S. 697 fg., Schirmer §. 13 S. 233—244, Köppen Grundriß §. 90. Sintenis III §. 165 S. 329—337, Vangerow II §. 488.

[3] Die Nov. 53 c. 6 verlieh ein gleiches Recht, wie der Wittwe, auch dem Wittwer; dieß ist durch Nov. 117 c. 5 wieder aufgehoben worden.

[4] Nov. 53 c. 6: — „si perduraverint semper cum eis". Nov. 117 c. 5: — „et usque ad mortem cum ea vivens". Ob von diesem Erforderniß nicht abzulassen ist, wenn der Mann an der Trennung Schuld ist? Vgl. Glück S. 442 fg., Sintenis Anm. 2 Nr. 8, Schirmer Anm 8a.

[5] Andere (z. B. v. Löhr a. a. O. S. 366 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1, Schirmer a. a. O. Note 8) interpretiren die Nov. 53 c. 6 so, daß sie den Erbanspruch der Wittwe ausschließen wolle, wenn dieselbe irgendwelche Dos habe. Ich glaube nicht, daß dieß richtig ist. Der Gesetzgeber geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß, wenn die Frau eine Dos habe, sie eben dadurch gegen Noth geschützt sein werde; aber wie er ausdrücklich anerkennt, daß geringes eigenes Vermögen dem Anspruch der Frau nicht entgegenstehe (— „si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam"), so liegt es gewiß nicht in seinem Sinne, daß dieser Anspruch durch eine geringe Dos ausgeschlossen werden solle. Der leitende Begriff ist für ihn der Begriff des Mangels, nicht der Begriff der Dos. S. auch Sintenis a. a. O. Anm. 2; ferner Schirmer a. a. O., welcher anerkennt, daß die Praxis auch die Wittwe mit geringer Mitgift zur Erbschaft ihres Mannes zulasse. So auch Seuff. Arch. XV. 231 Nr. 12; anders IX. 47. — Was heißt das näher: die Frau ist nicht gegen Noth geschützt? Regelmäßig verlangt man Mangel standesgemäßen Unterhalts. Vgl. Glück S. 446 fg., v. Löhr S. 370 fg., Schirmer Anm. 2 a. E. Seuff. Arch. XV. 231 Nr. 1 a. E. 2, XVII. 263.

[6] Die Gesetze gedenken ausdrücklich nur der Kinder, um so mehr muß die Frau neben ferneren Verwandten oder gar Fremden zugelassen werden. Neben Fremden — denn ihr Anspruch gilt gegenüber Testaments- wie Intestaterben. Vgl. namentlich Nov. 53 c. 6 §. 2 i. f.: — „nisi tamen ipse vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit".

[7] Die Nov. 53 c. 6 verweist auf frühere Bestimmungen, in welchen diese

als einen Kopftheil[8]; sind die Erben ihre eigenen Kinder (aus ihrer Ehe mit dem Erblasser), so erhält sie dasjenige, was sie erhält, nur zum Nießbrauch[9]. Auch wenn sie ihren Theil zu Eigenthum erhält, ist sie nicht sowohl Erbin, als gesetzliche Vermächtnißnehmerin[10].

Beschränkung enthalten ist (l. 11 §. 1 C. de rep. 5. 17, Nov. 22 c. 18), und Nov. 117 c. 5 erkennt ausdrücklich an, daß das von der Nov. 53 verordnete Viertel mit dieser Beschränkung zu verstehen sei. Die Meinung Köppen's aber (Grundriß S. 86), daß Nov. 117 c. 5 selbst diese Beschränkung habe fallen lassen, finde ich nicht gerechtfertigt.

[8] Dieß ist neu verordnet durch Nov. 117 c. 5. Enkel von verstorbenen Kindern zählen für Einen Kopf, auch wenn sie demselben Stamme angehören. Vgl. §. 572 Note 5 a. E., Vangerow Nr. 3, Schirmer Anm. 11. 12.

[9] Auch dieß ist eine Neuerung der Nov. 117 c. 5. Abweichende Ansichten: 1) die Wittwe habe nicht den Nießbruch, sondern das Gebrauchsrecht, v. Buchholtz allg. Halle'sche Literaturzeitung 1839 Bd. IV S. 492; dagegen Osenbrüggen zur Interpretation des Corpus iuris civilis S. 35 fg. Vgl. auch Schirmer Anm. 13. 2) Die Wittwe habe nicht den Nießbrauch, sondern das Eigenthumsrecht, welches sie nur ihren Kindern erhalten müsse, aber zwischen denselben nach Willkür vertheilen könne; durch den Tod der Kinder werde das Eigenthumsrecht der Wittwe unbeschränkt. So namentlich v. Löhr S. 377 fg., welcher aber später, in dem oben citirten Aufsatz im Arch. für civ. Praxis, seine Meinung wieder zurückgenommen hat. Vgl. außerdem Vangerow Nr. 4, Schirmer Anm. 13. — Wie ist es, wenn die Frau neben eigenen und Stiefkindern erbt? Die sachgemäße Entscheidung ist für diesen Fall ohne Zweifel die, daß sie dann das Eigenthumsrecht nur an ihre eigenen Kinder verliere, und uur das Eigenthumsrecht an demjenigen Theil ihrer Portion, den sie diesen entzieht. Aber die Nov. 117 c. 5. hat eine andere Entscheidung getroffen; Justinian schreibt hier unzweideutig vor, daß daß Eigenthumsrecht ganz an ihre eigenen Kinder fallen solle („dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit"). Man darf auch nicht sagen, daß Justinian hierbei stillschweigend voraussetze, daß andere als eigene Kinder nicht vorhanden seien, daß er an den Fall der Concurrenz von Stiefkindern gar nicht gedacht habe; denn von diesem letzteren Fall hat er unmittelbar vorher gesprochen („si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex ea, sive ex alio matrimonio"). Doch sind die Ansichten hier sehr verschieden. Vgl. Vangerow Nr. 4 a. E., Schirmer Anm. 13 a. E.

[10] Auch dieß ist bestritten; dagegen Glück S. 465 fg. und die das. Citirten, v. Löhr S. 381 fg., Arndts S. 698, Schirmer Anm. 15, Seuff. Arch. XV. 231 Anm. 1; dafür Vangerow Nr. 5, Sintenis §. 165 Anm. 2 Nr. 2 (S. 333 fg.), Köppen Grundriß S. 87. Ich halte die Gründe für die Annahme eines gesetzlichen Vermächtnisses für überwiegend; es sind diese: 1) daß Justinian den Anspruch der armen Wittwe nachgebildet hat und durchaus gleichstellt dem Anspruch der vom lebenden Ehemann verstoßenen Ehefrau,

2. In gleicher Weise erhält der geschlechtsunreife Arrogirte, welcher von dem arrogirenden Vater ohne genügenden und richterlich gebilligten Grund emancipirt worden ist, aus dem Nachlasse desselben allen Erben gegenüber ein Viertel[11].

3. Nach einer sehr verbreiteten, aber nicht allgemein anerkannten Praxis erhalten uneheliche Kinder aus dem Vermögen ihres Vaters, wenn derselbe sie anerkannt, und weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder hinterlassen hat, zusammen den sechsten Theil, von welchem sie jedoch ihrer Mutter einen Kopftheil abgeben

---

in welchem Falle doch von einer Universalsuccession keine Rede sein kann; 2) daß ebensowenig von Universalsuccession in dem Fall die Rede sein kann, wo die Frau nur Nießbraucherin wird, welchen Fall wieder Justinian mit dem Fall, wo sie Eigenthümerin wird, auf gleiche Linie stellt. Diesen Gründen setzt man nun zwar entgegen den Passus der Nov. 53 c. 6 §. 1, wo es heißt: „Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam, subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, *nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit* (*πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσον τῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ*)". Aber wenn man diese Worte auch nicht mit Köppen auf den Fall beziehen will, wo die Wittwe vom Manne zur Erbin eingesetzt worden ist (Nov. 53 c. 6 i. f.), so können dieselben doch im Zusammenhalt mit dem Vorhergehenden nicht anders verstanden werden, als dahin, daß die Frau für die Schulden des Mannes nur bis zum Betrage ihres Viertels aufzukommen habe, und damit ist ja ausgesprochen, daß sie eigentliche Erbin nicht ist. Das praktische Interesse der hier verhandelten Controverse stellt sich namentlich in den Fragen dar, ob die Wittwe auch ohne Antrittserklärung erwerbe, und ob ihr das Anwachsungsrecht zustehe.

[11] S. g. quarta D. Pii, §. 3 I. de adopt. 1. 11, l. 22 pr. D. eod. 1. 7, l. 2 C. eod. 8. 48, l. 13 pr. D. si quid in fr. patr. 38. 5. Dieser von Antonius Pius eingeführte Satz steht im Zusammenhange der Fürsorge, daß die Arrogation eines Geschlechtsunreifen nicht zu Speculationszwecken mißbraucht werde, vgl. II §. 523 Note 17. §. 524 Note 5. Deswegen fällt auch der Anspruch des Arrogirten weg mit erreichter Pubertät; der Arrogirte kann nun, wenn die Arrogation ihm nachtheilig ist, Wiederaufhebung derselben beantragen, s. II §. 525 Anm. 13. A. M. Francke Recht der Notherben S. 473; s. dagegen Vangerow I §. 252 Anm. Nr. 3, Sintenis III §. 139 Anm. 48. Dafür daß der Arrogirte nicht sowohl Erbe als gesetzlicher Vermächtnißnehmer ist, s. l. 8 §. 15 D. de inoff. 5. 2 (— „quartam ei quasi aes alienum concedendam"), l. 1 §. 21 D. de coll. 37. 6 (— „personalis actio est"); obgleich, da sein Anspruch immerhin auf eine Quote des Nachlasses geht, die Grundsätze von der Erbtheilung auf ihn Anwendung finden, l. 2 §. 1 D. fam. erc. 10. 2.

müssen[12], und ein gleiches Erbrecht steht den unehelichen Vater seinerseits gegen die Kinder zu[13]. Nur bei Kindern aus einer blutschänderischen Verbindung fällt das eine und das andere Erbrecht weg[14].

IV. Von der Berufung gegen den Willen des Erblassers (Notherbenrecht*).

Einleitung.

§. 575.

Der gesetzliche Erbanspruch gewisser Personen ist so intensiv, daß er sich auch gegenüber einer entgegenstehenden Verfügung

[12] Das römische Recht hat die im Text bezeichneten Bestimmungen in Nov. 18 c. 5 und Nov. 89 c. 12 für Concubinenkinder getroffen, und der Concubinat ist durch das canonische Recht (z. B. c. 6 Dist. 34) und Reichsgesetze (R. P. O. 1548 Tit. 25 §. 1. 1577 Tit. 26 §. 1) verboten. Daß jene Bestimmungen gewohnheitsrechtlich auf uneheliche Kinder überhaupt übertragen worden seien, wird namentlich vertheidigt in der Schrift von Mayer: das Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen römischen Rechte (1838), und ist anerkannt in den Erkenntnissen bei Seuff. Arch. I. 87 (OT. zu Stuttgart), I. 88 (OAG. zu Wiesbaden), VIII. 67 (OAG. zu Darmstadt), s. auch Glück §. 130, Sintenis §. 165 Anm. 1, Schirmer §. 12 Anm. 31 fg. Dawider haben sich ausgesprochen die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. VI. 223 (OAG. zu Lübeck), XII. 343 (OAG. zu Rostock und OT. zu Berlin), [VII. 202 (OAG. zu Celle)]. S. auch Holzschuher II §. 134 Nr. 3. — Anerkennung der Kinder durch den Vater ist erforderlich, weil sie sonst gar nicht behaupten dürfen, daß sie Kinder dieses Vaters seien. Das römische Recht verlangt Aufziehung der Kinder im Hause. Seuff. Arch. I. 88. — Köppen Grundriß S. 18 nimmt auch in diesem Falle ein gesetzliches Vermächtniß an, wie mir scheint ohne genügenden Grund. — Im Falle des Vorhandenseins einer Ehefrau oder ehelicher Kinder sollen die Erben nur zur Alimentation der unehelichen Kinder verpflichtet sein. Nov. 89 c. 12 §. 6.

[13] Nov. 89 c. 13. Ist die Voraussetzung dieses Erbrechts, daß das uneheliche Kind, oder daß der Vater keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hinterlassen habe? Für das Erstere Schirmer §. 12 Note 26; für das Letztere Schlesinger Arch. f. civ. Pr. L. 12, welchem beizustimmen ist. Alimente aus dem Nachlasse erhält auch der natürliche Vater unter allen Umständen.

[14] Nov. 89 c. 15. Vgl. §. 571 Note 13. 14. Schirmer §. 12 Anm. 33.

* Glück VI S. 527 fg. VII S. 1—490 (1800. 1804). Valett das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten §. 575.

des Erblassers geltend macht. Solche Personen heißen Notherben[1].

In der geschichtlichen Entwicklung des römischen Notherbenrechts[2] treten zwei verschiedene Principien hervor. Das ältere römische Recht kennt keine gesetzliche Erbansprüche, welche der Erblasser durch den Inhalt seiner Verfügung gar nicht beseitigen könnte, nur solche, welchen er durch die Form seiner Verfügung gerecht werden muß (s. g. formelles Notherbenrecht). Näher: gewisse Personen darf der Erblasser bei der Erbeseinsetzung nicht übergehen, sondern er muß ihrer gedenken; ob er ihnen dabei viel oder wenig oder auch gar nichts zuwendet, ist gleich-

---

oder das s. g. Notherbenrecht (1826). Bluntschli Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115 (1829). Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831). Mühlenbruch Forts. von Glück XXXV S. 76 fg. (bis S. 119 noch Glück selbst). XXXVI. XXXVII. XXXVIII S. 1—117 (1832 — 1835). Arndts im RLex. VIII S. 79—170 (1854). A. Schmidt (von Ilmenau) das formelle Recht der Notherben (1862). Roßhirt testam. Erbrecht I S. 29 fg., Mayer §. 85—112, Vering S. 373 fg., Köppen System S. 96 fg. Grundriß S. 38—88. Vangerow II §. 467—489, Sintenis III §. 195—200, Unger §. 78—87. Ueber die ältere Literatur s. Francke S. 6—11.

[1] Die Art und Weise, wie der gesetzliche Erbanspruch der Notherben sich gegenüber einer entgegenstehenden Verfügung des Erblassers geltend macht, ist regelmäßig die, daß auf Grund desselben trotz dieser Verfügung gesetzliche Berufung eintritt. Darauf beruht die Stellung, welche hier dem Notherbenrecht im System angewiesen worden ist. Allerdings aber reagirt der gesetzliche Erbanspruch gegenüber der ihn verletzenden Verfügung des Erblassers nicht ausschließlich in der angegebenen Weise, sondern auch wohl dadurch, daß er ein Vermächtniß oder eine sonstige Verfügung des Erblassers ungültig macht, oder einen persönlichen Anspruch gegen den eingesetzten Erben begründet (actio suppletoria). Deßwegen stellen Andere das Notherbenrecht nicht in die Lehre von der Erbschaftsberufung, sondern bilden aus demselben einen besonderen Theil des Erbrechts, welchen sie hinter der Lehre von den Vermächtnissen abhandeln (so namentlich Seuffert, Arndts, Tewes, Unger). Ich glaube nicht, daß sich diese Anordnung durch Zweckmäßigkeit empfiehlt. Denn als Hauptwirkung des verletzten Notherbenanspruchs erscheint doch immer die Berufung des Notherben zur Erbschaft, und alles Andere stellt sich dieser Wirkung gegenüber nur als untergeordnete Modification und als Anhang dar. — Ueber den Ausdruck Notherbe s. Note 3.

[2] Der Ausgangspunkt des römischen Rechts ist Anerkennung der unbedingten Testirfähigkeit gewesen. L. 120 D. de V. S. 50. 16.

gültig. Später hat das römische Recht den Erblasser auch im Inhalt seiner Verfügung beschränkt; gewissen Personen muß er wenigstens einen Theil Dessen hinterlassen, was sie erhalten haben würden, wenn er kein Testament gemacht hätte; er muß ihrer nicht bloß gedenken, sondern sie auch bedenken (s. g. materielles Notherbenrecht oder Pflichttheilsrecht[3]). Justinian hat dann in der Novelle 115 beide Principien mit einander verbunden. — Bei der folgenden Darstellung sollen diese verschiedenen Entwickelungsstufen auseinandergehalten werden; die Einsicht in das geltende Recht wird dadurch wesentlich erleichtert. Dabei wird aber die Darstellung des älteren, formellen Notherbenrechts nur eine kürzere sein, da dasselbe nach der hier vertretenen Ansicht durch die Novelle 115 ganz beseitigt ist. —

Kein Notherbenanspruch findet Statt gegenüber einem Soldatentestament[4] und gegenüber einer Pupillarsubstitution[5].

A. Das formelle Notherbenrecht*.

1. Nach Civilrecht**.

§. 576.

Nach Civilrecht müssen entweder eingesetzt oder enterbt werden

---

[3] Andere, so namentlich Francke, machen einen Gegensatz zwischen Pflichttheilsberechtigten und Notherben, indem sie diesen letzteren Ausdruck nur von den Notherben des älteren Rechts gebrauchen. S. dagegen Puchta §. 485. b, Arndts S. 80 Anm. 3. Vgl. auch Glück XXXV S. 81 fg., Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 358 fg.

[4] §. 6 I. de exher. lib. 2. 13, l. 27 §. 2 l. 8 §. 3. 4 D. de inoff. 5. 2, l. 9. 24 C. eod. 3. 28, vgl. l. 7—9 D. de inoff. 5. 2, l. 9. 10 C. de test. mil. 6. 21. — Nach l. 37 C. de inoff. test. 3. 28 braucht auch der über das peculium quasi castrense testirende Haussohn seine Notherben nicht zu berücksichtigen; aber dieß ist jedenfalls für Ascendenten und Descendenten durch Nov. 115 aufgehoben worden; s. auch Nov. 123 c 19. Francke S. 444 fg., Mühlenbruch XXXV S. 216 fg. Ueber die Frage, ob früher das Gleiche nicht auch für das peculium castrense gegolten habe, s. Francke S. 447 fg., Mühlenbruch a. a. O. S. 196 fg. [Fitting das castrense peculium S. 213 fg. 367 fg.]

[5] S. §. 559 Num. 6.

* Außer den beim vorigen §. Citirten s. noch: A. G. Foerster de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum (1823). §. 576.

** Gai. II. 123—134. Ulp. XXII. 14—22. Inst. 2. 13 de exheredatione liberorum. Dig. 28. 2 de liberis et postumis heredibus institu-

die sui heredes, d. h.[1] diejenigen Descendenten[2] in der Gewalt des Erblassers, welche durch seinen Tod gewaltfrei werden[3]. Nach Digostenrecht gelten hierfür folgende nähere Regeln. 1. Söhne müssen namentlich, d. h. mit individueller Bezeichnung, enterbt werden, bei Töchtern und Enkeln ꝛc. reicht generelle Enterbung hin. 2. Uebergangene oder nicht gehörig enterbte Söhne machen das Testament nichtig; übergangene Töchter und Enkel ꝛc. kommen neben den Eingesetzten zur Erbfolge, neben eingesetzten suis auf einen Kopftheil, neben Fremden zusammen auf die Hälfte. 3. Nichtig wird das Testament auch dadurch, daß nach Errichtung des Testaments ein suus irgendwelcher Art eintritt, durch Geburt (postumus) oder in anderer Weise (postumus im weiteren Sinne, postumi loco)[4], vor oder nach dem Tode des Erblassers[5], wenn nur vor dem Anfall der testamentarischen Erbschaft[6]; jedoch

---

endis vel exheredandis. Cod. 6. 28 de liberis praeteritis vel exheredatis, 6. 29 de postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

[1] Gai. III. 2—6, Ulp. XXII. 14. 15, Paul. S. R. IV. 8 §. 3. 4. 7—12, §. 2—5 I. de her. quae ab int. 3. 1, l. 1 §. 2—8 D. de suis 38. 16.

[2] Aber die Frau in manu ist filiae, die Frau in der manus des Sohnes neptis loco. Gai. II. 139. 159. III. 3.

[3] Für die Intestaterbfolge ist suus heres auch derjenige, welcher nur zur Zeit der Delation der Intestaterbfolge (wenn ein vom Testator hinterlassenes Testament nach seinem Tode wegfällt) sui iuris ist. L. 7. pr. D. si tab. test. nullae 38. 6, l. 1 §. 8 D. de suis 38. 16, §. 7. 8 I. de her. quae ab int. 3. 1. Dieß weist zurück auf die höhere Regel der Note 6.

[4] Durch causae probatio und nach neuerem Recht Legitimation, durch Rückkehr aus der Gefangenschaft, durch Rückfall aus der ersten oder zweiten Mancipation, durch Adoption und in manum conventio, durch Wegfall des Vaters bei Lebzeiten des Großvaters oder des Großvaters bei Lebzeiten des Vaters. Vgl. Ulp. XXIII. 3, Gai. II. 138. III. 5. §. 4 I. de her. quae ab int. 3. 1, §. 1 I. quib. mod. test. 2. 17, §. 2 I. de exher. lib. 2. 13, l. 29 §. 1—5 D. de lib. 28. 2, l. 28 §. 1 eod.

[5] Für die Intestaterbfolge ist postumus nur der nach dem Tode des Erblassers, für die Notherbenfolge auch der nach dem Testamente als suus Eintretende. Vgl. l. 3 §. 1 D. de iniusto 28. 3. — Auch nach dem Tode des Erblassers kann ein suus nicht bloß durch Geburt eintreten, welches freilich der Hauptfall ist (Gai. III. 4, Ulp. XXII. 15, §. 2 I. de her. quae ab int. 3. 1), sondern auch in anderer Weise, z. B. durch causae probatio, Rückfall aus der ersten oder zweiten Mancipation (Gai. III. 5. 6, §. 4 I. tit. cit.). Nur kann nach allgemeiner Regel (§. 535) Niemand als suus eintreten, der nicht bei Lebzeiten des Erblassers wenigstens schon erzeugt war.

[6] Ist die testamentarische Erbschaft bereits angefallen, so bleibt das Testa-

können diese Personen im Voraus eingesetzt oder enterbt werden[7], namentlich oder generell nach Verschiedenheit der Fälle[8]. — Justinian bestimmte, daß alle sui und postumi ohne Unterschied des Geschlechtes und des Grades einzusetzen oder namentlich zu enterben seien, widrigenfalls das Testament nichtig sei[9].

2. Nach prätorischem Recht.

§. 577.

Der Prätor hat das Princip des Notherbenrechts, welches er vorfand, nicht angetastet[1]; er hat nur im Einzelnen geändert. 1. Anspruch auf Einsetzung oder Enterbung haben die liberi, d. h. außer den suis diejenigen Descendenten, welche sui zwar nicht sind, aber doch sein könnten[2], mit Ausnahme jedoch der in

ment bestehen, wenngleich jetzt eine Person eintritt, die, wenn die testamentarische Erbschaft nicht bereits angefallen wäre, als suus heres berufen werden würde, und die auch jetzt noch als suus heres wirklich berufen wird, wenn die angefallene testamentarische Erbschaft nicht erworben wird. L. 9 §. 2 D. de lib. 28. 2, l. 7 pr. D. si tab. test. nullae 38. 6. Und zwar gilt hier als Anfall bereits bedingter Anfall, l. 6 pr. D. de iniusto 28. 3.

[7] Ulp. XII. 19. „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes futuri sunt, possumus heredes instituere, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili, si vero viventibus nobis, ex lege Iunia". (Das zuletzt genannte Gesetz wird in anderen Stellen als lex Velleia oder Iunia Velleia oder Iulia Velleia bezeichnet.) Hierher gehört auch die vielbesprochene und kritisch schwierige l. 29. D. de lib. 28. 2. Vgl. überhaupt Schmidt S. 25, Vangerow II §. 468 und die Citate das.

[8] Ulp. XXII. 20. 21, Paul S. R. III. 4 B §. 10, §. 1 I. de exher. lib. 2. 13, l. 3 pr. D. de iniusto 28. 3.

[9] L. 4 C. de lib. 6. 28 (a 531), §. 5 I. h. t.

* Gai. II. 135. 137, Ulp. XXII. 23. XXVIII. 2—4, §. 3. 4 I. de exher. lib. 2. 13, §. 12 I. de her quae ab int. 3. 1. Dig. 37. 4 de bonorum possessione contra tabulas. Cod. 6. 12 de bonorum possessione contra tabulas quam praetor pollicetur. §. 577.

[1] D. h., worauf es hier allein ankommt, für die Verwandten: dem Patron (und ebenso dem parens manumissor) hat bereits der Prätor eine Pflichttheilsberechtigung gewährt. Gai. II. 39 sqq., tit. I. de successione liberorum 3. 7. Vgl. Ad. Schmidt (von Ilmenau) das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. 1868.

[2] Der Haupt- und Ausgangsfall ist der des emancipatus, welcher gerufen wird rescissa capitis diminutione, l. 6 §. 1 D. de B. P. 37. 1, l. 3 §. 5 l. 6 §. 2 D. h. t. Dem Emancipirten sodann ist gleichgestellt worden der

einem fremden Hause Befindlichen[3]. 2. Alle männlichen liberi müssen namentlich enterbt werden; bei weiblichen genügt generelle Enterbung. 3. Den übergangenen oder ungültig enterbten liberis ertheilt der Prätor auf ihr Begehren bonorum possessio contra tabulas, mit der Wirkung, daß sie die Erbschaft zu demjenigen Theil erhalten, zu welchem sie dieselbe nach den Regeln der Intestaterbfolge erhalten haben würden[4]. Neben ihnen wird aber mit derselben Wirkung die bonorum possessio contra tabulas auch den gültig eingesetzten liberis ertheilt[5], nicht dagegen auch den gültig enterbten[6]. 4. Durch Ertheilung der bonorum pos-

in anderer Weise aus der Gewalt Ausgetretene, l. 1 §. 6 D. h. t. Ferner sind dem Emancipirten gleichgestellt worden solche Personen, welche in der väterlichen Gewalt des Erblassers gar nicht gewesen sind, l. 5 §. 1 D. si tab. test. nullae 38. 6; dahin gehören: der von dem Emancipirten oder sonst aus der Gewalt Ausgetretenen nach der Emancipation 2c. Erzeugte, suus oder emancipatus, l. 3 pr. l. 6 pr. l. 14 §. 1 D. h. t., l. 5. §. 1 D. si tab. test. nullae 38. 6; der vom Großvater emancipirte Enkel dem in der Gewalt gebliebenen Vater gegenüber, sowie der in der Gewalt gebliebene Enkel dem emancipirten Vater gegenüber, l. 6 §. 2 l. 7 l. 21 D. h. t., l. 5 §. 1 D. si tab. test. nullae. 38. 6; derjenige, welcher durch causae probatio mit dem Vater die Civität erlangt hat, ohne daß zugleich diesem die Gewalt über ihn verliehen worden wäre, Coll. XVI. 7 §. 2 (vgl. Gai. I. 93. 94). Aber nicht zu den liberi gehören z. B. die Kinder eines peregrinus, die Kinder einer Frau, die Enkel von Töchtern. S. l. 4 §. 2 D. h. t., l. 13 D. de suis 38. 16, §. 5 I. de exher. lib. 2. 13.

[3] Haus, familia. Gai. II. 137, §. 4 I. de exher. lib. 2. 13, §. 10. 12 I. de her. quae ab int. 3. 1, l. 3 §. 6—8 l. 6 §. 4 l. 9 l. 21 §. 1 D. h. t. S. übrigens auch l. 14 §. 1 l. 17 D. h. t.

[4] L 8 §. 14 l. 11 §. 1 D. h. t. Namentlich also erhält der Emancipirte mit seinen in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern zusammen nur Einen Kindestheil, und zwar Er für seine Person die Hälfte desselben. Dig. 37. 8 de coniungendis cum emancipato liberis eius. — Nach einer Bestimmung Marc Aurel's sollen Töchter und Enkelinnen durch bonorum possessio contra tabulas nicht Mehr erhalten, als sie nach den Regeln des civilen Notherbenrechts erhalten hätten; Justinian hat das aufgehoben. Gai. II. 125. 126; l. 4 C. de lib. praet. 6. 28.

[5] Und zwar auch den in aliena familia Befindlichen, l. 8 §. 11 l. 10 pr. D. h. t.

[6] Ist aber neben ihnen ein nach Civilrecht nicht gültig ausgeschlossener suus vorhanden, so kommen sie, da der Letztere das Testament nichtig macht, ab intestato zur Erbschaft, l. 32 D. de lib. 28. 2, l. 1 §. 9 D. si tab. test. nullae 38. 6; ebenso wenn das Testament wegen Nichteintritts der eingesetzten Erben hinfällig wird, l. 20 pr. D. h. t.

sessio contra tabulas wird das Testament nicht seinem ganzen Inhalte nach beseitigt; vielmehr werden aufrecht erhalten zusammen bis zum Belange eines Kopftheils Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse zu Gunsten cognatischer Ascendenten und Descendenten, sowie das Rückvermächtniß der Dos an Frau und Schwiegertochter[7]; ferner wird aufrecht erhalten eine im Testamente enthaltene Pupillarsubstitution[8]. — Justinian hat auch hier namentliche Enterbung für alle liberi vorgeschrieben[9].

B. Das Pflichttheilsrecht vor Novelle 115*.

Einleitung.

§. 578.

Die Pflichttheilsberechtigung des römischen Rechts verdankt ihren Ursprung und ihre Ausbildung der Praxis des Centumviralgerichts[1]. Bei Streitigkeiten zwischen den im Testamente Eingesetzten und den Intestaterben setzte sich dieses Gericht über Testamente hinweg[2], in welchen den nächsten Verwandten nicht wenigstens ein Theil Dessen zugewendet war, was sie bei Nichterrichtung eines Testamentes nach gesetzlicher Regel erhalten haben würden. Dieser Theil heißt eben der Pflichttheil[3]. Der Antrag auf Beseitigung eines solchen die nächsten Verwandten lieblos von der Erbschaft ausschließenden Testamentes ist die querela inofficiosi testamenti[4].

---

[7] Dig. 37. 5 de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

[8] L. 34 §. 2 D. de vulg. 28. 6.

[9] L. 4 C. de lib. 6. 28, §. 5 I. de exher. lib. 2. 13.

* Inst. 2. 18 Dig. 5. 2 Cod. 3. 28 de officioso testamento. §. 578.

[1] Welches übrigens auch in die Entwickelung des Präteritionsrechtes in bedeutender Weise eingegriffen hat. Cic. de orat. I. 38, l. 4 pr. C. de lib. 6. 28.

[2] L. 2 D. h. t.: — „hoc colore . . . quasi non sanae mentis . . (fuerit qui) recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis". L. 2 l. 5 §. 1 D. h. t., pr. I. h. t.

[3] Portio legitima, debita. Vgl. Francke S. 171.

[4] L. 5. §. 1 D. h. t. „Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum". L. 2 eod.: — „recte quidem fecit testamentum, sed

1. Pflichttheilsberechtigte Personen.

§. 579.

Pflichttheilsberechtigt sind Descendenten und Ascendenten ohne Rücksicht auf den Grad [1], unter den Seitenverwandten bloß die Geschwister [2], und auch diese nur unter der doppelten Voraussetzung, daß sie von demselben Vater erzeugt sind wie der Verstorbene [3], und daß ihnen eine nicht ehrenhafte Person vorgezogen worden ist [4]. Adoption begründet Pflichttheilsberech-

---

non ex officio pietatis". Pr. I. h. t.: — „queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos".

§. 579. [1] Und ohne Rücksicht auf Agnation schon nach dem Rechte der klassischen Zeit, so daß selbst das uneheliche Kind einen Pflichttheilsanspruch gegen seine Mutter hat. L. 1. 5. 15 pr. l. 29 §. 1 l. 30 pr. D. h. t., pr. §. 1 I. h. t.

[2] L. 21 C. h. t., §. 1 i. f. I. h. t. Noch Ulpian sagt: „cognati . . qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent", l. 1 D. h. t. Man darf nicht sagen, daß durch Nov. 118, welche den Geschwistern die Geschwisterkinder in der Intestaterbfolge gleichgestellt hat, auch diese Letzteren pflichttheilsberechtigt geworden seien; denn der Schluß von gleichem Intestaterbrecht auf gleiches Pflichttheilsrecht ist nicht gerechtfertigt. Das Pflichttheilsrecht hat seinen positiven Grund in der Nähe des verwandtschaftlichen Grades, das Intestaterbrecht ist nur seine negative Voraussetzung (Note 8). Vgl. Glück VII S. 12—14, Francke S. 193, Arndts S. 156.

[3] Also es sind nicht halbbürtige Geschwister überhaupt ausgeschlossen, sondern nur halbbürtige Geschwister von der Mutter her. L. 27 C. h. t. Dagegen kommt es auf Agnation auch hier nicht an, l. 27 cit. (anders in der Mutterstelle l. 1 C. Th. h. t.). — Daß diese Beschränkung der halbbürtigen Geschwister durch Nov. 118 aufgehoben worden sei, darf um so weniger behauptet werden (vgl. Note 2), als bereits l. 15 §. 2 C. de leg. her. 6. 58 die uterini den consanguinei (und zwar selbst Vollgeschwistern) in der Intestaterbfolge gleichgestellt hat. Glück VII S. 12—17, Francke S. 192. 193, Arndts S. 156.

[4] L. 27 C. h. t. (vgl. l. 1. 3 C. Th. h. t. 2. 19), §. 1 I. h. t. Vgl. Francke S. 194 fg. Seuff. Arch. I. 91, V. 210. 301, VII. 340, [XXIII. 151]. Blätter f. RAnwend. in Bayern Ergänzungsb. zum 31. und 32. Jahrg. S. 353 fg. Ueber eine alte, neuerdings wieder hervorgezogene Meinung (Marezoll bürgerl. Ehre S. 256 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 185 fg.), wonach Geschwister nicht sowohl einen Pflichtstheilsanspruch, als vielmehr das Recht haben sollen, die eingesetzten Erben wegen Unwürdigkeit auszutreiben, also auch dann, wenn sie in ihrem Pflichttheil nicht verletzt sind, s. Francke S. 198—201, Glück XXXV S. 89—119, Mühlenbruch das. S. 119—139, Vangerow II §. 474 Anm. 1 Nr. 3.

tigung in der Adoptivfamilie (für und gegen den Adoptirten) nach Maßgabe des durch sie verschafften Intestaterbrechts[5], wenn sie eine volle ist[6]; daneben besteht die Pflichttheilsberechtigung in der natürlichen Familie fort, auch wenn die Adoption eine volle ist[7].

Alle an und für sich pflichttheilsberechtigten Personen aber haben im gegebenen Fall einen Anspruch auf den Pflichttheil nur dann, wenn sie in diesem Falle auch wirklich die nächsten Intestaterben sind[8] oder durch Wegfall des vor ihnen stehenden

---

[5] S. §. 571 Note 6. Vgl. §. 593 Note 4.

[6] L. 10 C. de adopt. 8. 48. Wenn sie keine volle ist, so gibt sie bloß Intestat- nicht Notherbenrecht gegen den Adoptivvater, l. 10 C. cit. Vgl. §. 571 Note 5. 7. Adoption durch eine Frau begründet zwischen ihr und dem Adoptirten Kindesverhältniß (l. 5 C. de adopt. 8. 48), und daher gegenseitiges Pflichttheilsrecht, s. auch l. 29 §. 3 D. h. t. Glück VII S. 373 fg., Francke S. 185 fg., Mühlenbruch XXXV S. 183 fg.

[7] Bestritten. Es wird auf Grund von l. 10 C. de adopt. 8. 48 behauptet, der Adoptirte habe kein Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen Vater rc. Glück VII S. 11, Francke S. 182 fg., Büchel Streitfragen aus Novelle 118 S. 70 fg., Arndts S. 122, Sintenis III §. 139 Anm. 55, Vangerow I §. 474 Anm. Nr. 1), und in Consequenz davon auch dem leiblichen Vater die Pflichttheilsberechtigung gegen den Adoptirten abgesprochen (Arndts S. 122; hiergegen Francke, Vangerow a. a. O. Nr. 2. b). Aber wie man auch l. 10 cit. im Uebrigen auffassen mag (vgl. §. 571 Note 10), so glaube ich nicht, daß wird geleugnet werden dürfen, daß sie zwischen Intestat- und Notherbenrecht keinen Unterschied macht, und daß sie dem Adoptirten gegen den leiblichen Vater Notherbenrecht nur deßwegen abspricht, weil sie das nöthige Intestaterbrecht in dem Adoptirten nicht anerkennt (entweder gar keines oder kein Kindeserbrecht), und dieß hat sich (was freilich auch nicht allgemein anerkannt ist, vgl. §. 571 Note 10) durch Nov. 118 geändert. Vgl. auch Mühlenbruch XXXV S. 179 fg., und was das Pflichttheilsrecht des natürlichen Vaters gegen das Adoptivkind angeht l. 30 D. de adopt. 1. 7 (dagegen Arndts S. 122 Note 182).

[8] Das Intestaterbrecht ist nicht der positive Grund der Pflichttheilsberechtigung (Note 2); aber ohne Intestaterbrecht ist der Pflichttheilsanspruch gegenstandslos, weil derselbe gerichtet ist auf einen Bruchtheil der Intestatportion. Und zwar wird der an und für sich Pflichttheilsberechtigte im gegebenen Falle durch einen näheren Intestaterben nicht bloß dann ausgeschlossen, wenn auch dieser pflichttheilsberechtigt ist, sondern auch dann, wenn derselbe zu den Pflichttheilsberechtigten nicht gehört (ein minus plene adoptatus gegenüber Ascendenten und Geschwistern, ein Geschwisterkind gegenüber einem Halbgeschwister vom Vater). In dieser letzteren Beziehung ist abweichender Meinung Puchta §. 488 f.; dagegen Mühlenbruch XXXV S. 140 fg., Arndts S. 123, Vangerow §. 474 Anm. 2 Nr. 1. — Gleich nahe Intestat-

nicht gehörig berücksichtigten Näheren die nächsten Intestaterben werden [9].

2. Größe des Pflichttheils.

§. 580.

Der Pflichttheil betrug bis zu Justinian den vierten Theil der Intestaterbportion [1]; Justinian hat ihn erhöht [2], unter allen Umständen auf ein Drittel [3], auf die Hälfte [4] für den Fall, daß

---

erben haben gleichen Pflichttheilsanspruch. Gegen die Meinung, daß Geschwister durch Ascendenten ausgeschlossen würden (Glück VII S. 11. 377, Bluntschli S. 261. 262, Puchta §. 488. g), s. Francke S. 202 fg., Mühlenbruch XXXV S. 232 fg., Arndts S. 158, Vangerow II §. 474 Anm. 2 Nr. 2, Sintenis III §. 196 Anm. 1.

[9] Vor dem Tode des Erblassers oder auch nach demselben. L. 31 pr. D. h. t. „Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus". L. 14 eod. L. 34 C. h. t. läßt sich kaum anders erklären (vgl. freilich auch l. 2 pr. D. de bon. lib. 38. 2, Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus rc. S. 38. 39), als aus der Annahme, daß zur Zeit derselben bei der Intestaterbfolge eine successio graduum in der Klasse der Descendenten nicht galt (§. 573 Note 4). Vgl. überhaupt Glück VII S. 378 fg., Francke S. 276 fg., Mühlenbruch XXXV S. 474 fg., Vangerow II §. 480 Anm. 2, Köppen Grundriß S. 49. 50, Seuff. Arch. XVIII. 153. Vgl. auch l. 2 D. de bonis lib. 38. 2 und dazu Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus rc. S. 38.

§. 580. [1] Quarta legitimae partis, §. 3 I. h. t.; quarta debitae portionis, l. 8 §. 8 D. h. t.; quarta pars ab intestato successionis, l. 31 C. h. t.

[2] Nov. 28 praef. c. 1. 2. Die Novelle spricht zunächst nur von Kindern, fügt aber dann hinzu: „hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est". Die herrschende Meinung hat dieß von jeher dahin verstanden, daß dadurch den Kindern alle Pflichttheilsberechtigten gleichgestellt werden sollen. Doch ist auch eine beschränktere Auslegung vertheidigt worden (so unter den Neueren von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 11. V. 12), wonach die Erstreckung sich nur auf die übrigen Descendenten beziehen soll; dagegen Glück VII S. 27 fg., Francke S. 208 fg., Mühlenbruch XXXV S. 238 fg., Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 397 fg., Arndts S. 124 fg., Vangerow II §. 475 Anm. 1 Nr 1. S. auch Nov. 89 c. 12 §. 3.

[3] Justinian sagt aber nicht: jedes Kind muß $1/3$ bez. $1/2$ seiner Intestatportion haben, sondern: die Kinder zusammen müssen $1/3$ bez. $1/2$ der Erbschaft haben. Hat er damit ein neues Princip der Rechnung einführen wollen? Die eine und die andere Art der Berechnung führt zu einem verschiedenen

die Intestatportion weniger als ein Viertel des Nachlasses beträgt[4].

3. Hinterlassung des Pflichttheils.

§. 581.

Der Pflichttheil kann nicht bloß durch Erbeseinsetzung, sondern auch durch Vermächtniß hinterlassen werden[1]; nicht minder durch Schenkung auf Todesfall[2]. Auch was der Pflichttheilsberechtigte durch Zuwendung unter Lebenden vom Erblasser erhalten hat,

---

Resultat, wenn neben den Pflichttheilsberechtigten andere nicht pflichttheilsberechtigte Intestaterben stehen. Die Frage ist zu verneinen; vgl. Nov. 18 c. 2 (*vv.* praeter solam quantitatem), ferner §. 7 I. h. t., Nov. 22 c. 48. So auch die herrschende Meinung. Glück VII S. 29 fg., Francke S. 211 fg., Mühlenbruch XXXV S. 256 fg., Arndts S. 125, Vangerow II §. 475 Anm. 1 Nr. 2.

[4] Justinian spricht, wie gesagt, nur von dem Fall, wo der Erblasser bloß Kinder hinterlassen hat: wie aber ist der Pflichttheil der Enkel zu berechnen? Daß der Pflichttheil der Enkel sich auf die Hälfte erhöht, wenn ihr Stammtheil (der Theil der Erbschaft, welchen sie nach der Intestaterbfolge unter sich zu vertheilen haben) weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt, versteht sich von selbst; daß das Gleiche analog auch dann gelten muß, wenn ihr Stammtheil, obgleich größer als ein Viertel der Erbschaft, sich unter sie selbst in mehr als vier Theile vertheilt, kann nicht leicht bestritten werden. Wie aber, wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist? Auch in diesem Fall ist unter Umständen ihr Pflichttheil auf die Hälfte zu erhöhen und zwar nach folgender Regel: wenn Justinian gewollt hat, daß die Erhöhung auf die Hälfte eintreten solle, wenn $^1/_1$ in mehr als vier ($^4/_1$) Theile geht, so hat er auch gewollt, daß die Erhöhung auf die Hälfte eintreten solle, wenn $^1/x$ (der Stammtheil) in mehr als $^4/x$ Theile geht. Daraus ergiebt sich, daß der Satz im Texte auch für die Enkel wahr ist; und ebenso für die Ascendenten bei der Linealtheilung. Doch sind die Meinungen hier verschieden. Vgl. Glück VII S. 60 fg., Francke S. 221 fg., Mühlenbruch XXXV S. 272 fg., Arndts S. 127 fg., Riedel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. 8, Vangerow a. a. O. Nr. 4; Seuff. Arch. XVI. 133, XIX. 249. — Bei der Berechnung der Intestatportion sind die sämmtlichen Intestaterben in Ansatz zu bringen, mit Einschluß der armen Wittwe, auch die nicht pflichttheilsberechtigten, auch die gültig enterbten; nicht aber diejenigen, welche bei Lebzeiten des Erblassers auf ihr Erbrecht verzichtet haben. Vgl. hierüber Glück VII S. 99 fg 121 fg., Francke S. 212 fg., Mühlenbruch XXXV S. 263 fg., Arndts S. 125 fg., Vangerow a. a O. Nr. 3.

[1] §. 6 I. h. t., l. 33 pr. l. 36 pr. C. h. t. §. 581.

[2] §. 6 I. h. t., l. 8 §. 6 D. h. t., l. 36 pr. C. h. t.

muß unter gewissen Voraussetzungen in den Pflichttheil eingerechnet werden[3], nämlich wenn es in einer Dos[4], einer Eheschenkung[4] oder einem käuflichen Dienste[5] besteht, oder wenn der Erblasser die Zuwendung ausdrücklich auf den Pflichttheil gemacht hat[6]. Nicht wird in den Pflichttheil eingerechnet, was der Pflichttheilsberechtigte nicht aus dem Vermögen des Erblassers[7], oder

[3] Nicht minder aber auch bei der Berechnung des Pflichttheils in den Nachlaß; es wird eben als aus dem Nachlaß empfangen dem Pflichttheilsberechtigten angerechnet. Vgl. Unger §. 81 Note 11.

[4] L. 29 C. h. t. (anders nach älterem Recht, l. 1 C. Greg. h. t. 2. 3 ed. Haenel). Es wird jedoch dabei vorausgesetzt, daß der zuwendende Erblasser Ascendent war. L. 29 cit. Seuff. Arch. VIII. 75.

[5] L. 30 §. 2 C. h. t. Vgl. Arndts RLex. III S. 846 Note 201, und in Betreff der heutigen Anwendung dieser Bestimmung Francke S. 238, Mühlenbruch XXXV S. 304, ferner Glück XIX S. 302, Fein Collation S. 363.

[6] §. 6 I. h. t., l. 25 pr. D. h. t., l. 35 §. 2 C. h. t. Vgl. l. 3 §. 18 D. de bon. lib. 38. 2. — Gegen die in der That bodenlose Meinung (l. 20 C. de coll. 6. 20, obgleich sie gerade auf diese Stelle gestützt wird), daß die gewöhnliche Schenkung auch dann einzurechnen sei, wenn einem andern Pflichttheilsberechtigten eine dos oder donatio angerechnet werde, s. Francke S. 239 fg., Mühlenbruch XXXV S. 305 fg., Arndts S. 132. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 151, XVIII. 97.

[7] Also namentlich nicht, was er als Pupillar- oder Quasipupillarsubstitut (nicht aus dem Vermögen des Erblassers, s. Note 8) erhält, nicht der dem Eigenthum anwachsende Nießbrauch, die dem Grundstück anwachsende Alluvion. L. 36 pr. C. h. t. „Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione vel ex iure accrescendi utputa ususfructus". Man hat sich viele Mühe mit dieser Stelle gemacht; die hier gegebene Erklärung schließt sich genau an die Worte an, und führt zu einem durchaus befriedigenden Resultat. Andere (Francke S. 231 fg., Mühlenbruch XXXV S. 294 fg., Arndts S. 231, Vangerow II §. 476 Anm. 2, Sintenis III §. 196 Anm. 10) verstehen die „substitutio" der Stelle von der Vulgarsubstitution, das „ius accrescendi" von dem technisch so genannten Anwachsungsrecht, und gelangen so zu der ganz verschiedenen Regel, daß in den Pflichttheil nicht eingerechnet werde, was der Notherbe aus dem Nachlasse erst nachträglich (nach dem Tode des Erblassers) in Folge eines zufälligen Umstandes erhalte — indem sie bloß darüber streiten, ob diese Regel auf Vermächtnisse zu beschränken oder auf Erbeseinsetzungen zu erstrecken sei. Noch Andere (Mayer §. 88 Note 12, Brinz S. 848) deuten wenigstens das ius accrescendi der Stelle anders, nämlich auf die Anwachsung, welche zwischen zwei Nießbrauchs-Vermächtnißnehmern auch nach dem Erwerbe des Nießbrauchs stattfindet. — Wie ist es mit Dem,

zwar aus dem Vermögen des Erblassers aber nicht durch dessen Zuwendung[8], nicht auch was er zwar aus dem Vermögen des Erblassers und durch dessen Zuwendung aber erst nach Anstellung der Anfechtungsklage erhält[9]. — In denjenigen Fällen, wo das dem

---

was der Notherbe auf Grund einer Verfügung des Testamentes condicionis implendae gratia erhält? Die herrschende Meinung (Francke S. 233, Mühlenbruch XXXV S. 294, Arndts S. 130) will auch Dieses nicht in den Pflichttheil eingerechnet wissen, weil es ebenfalls nicht aus dem Vermögen des Erblassers herrühre (l. 36 D. de m. c. don. 39. 6). Gewiß nicht unmittelbar; aber doch mittelbar. Es ist immerhin eine Minderung des dem Bedachten aus dem Vermögen des Erblassers Zugewendeten; es wird gleichsam in Austausch gegen die Zuwendung des Erblassers gegeben. Mit demselben Recht, wie das condicionis implendae gratia Gegebene könnte man auch das Vermächtniß einer fremden Sache von der Einrechnung in den Pflichttheil ausschließen. Auch ist l. 8 §. 10 D. h. t. nicht so beweislos, wie man annimmt. Es ist zwar wahr, daß im Anfang der Stelle der Gesichtspunkt geltend gemacht wird, daß in der Annahme des condicionis implendae gratia Gegebenen ein Verzicht auf die Anfechtung des Testaments liege; aber ebenso entschieden ist am Schluß der Stelle der Entscheidungsgrund, daß durch die „oblatio“ von Seiten des Bedachten dem Notherben „satisfactum“ sei. Wie hätte sonst nur der Zweifel aufgeworfen werden können, ob die Annahme auch nach Erwerb der Querel schade („numquid semel natam inofficiosi querelam perimat legatarii oblatio“)? S. endlich auch l. 3 §. 19 D. de bon. lib. 38. 2, in welcher Stelle freilich die Schlußworte: „si tamen de bonis sit liberti profectum“ Schwierigkeit machen, worüber aber hier in Kürze nicht geredet werden kann. Vgl. noch Unger §. 81 Anm. 6, Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus ꝛc. S. 74.

[8] So als Erbe des Bedachten. Vgl. l. 31 §. 2 D. h. t., in welcher Stelle der Gesichtspunkt der Entscheidung allerdings ein anderer ist. Man darf nicht sagen, daß in diesem Falle die Einrechnung schon deswegen ausgeschlossen sei, weil der Notherbe, was er habe, nicht aus dem Vermögen des Erblassers habe. Es war doch Vermögen des Erblassers. Wäre es nothwendig, daß der Notherbe den Pflichttheil direct aus der Hand des Erblassers erhalte, so hätte der Pflichttheil auch durch Fideicommiß und Damnationslegat nicht gedeckt werden können. S. auch die vorhergehende Note. Deßwegen glaube ich auch nicht, daß man von der Einrechnung ausschließen darf, was der Notherbe durch Pupillarsubstitution aus dem Vermögen des Erblassers erhält, obgleich freilich die herrschende Meinung das Gegentheil annimmt. Francke S. 233, Arndts S. 130, Brinz S. 848. — Eine Ausnahme von dem aufgestellten Satz bildet die quarta divi Pii (§. 574 Note 11, §. 593): durch diese war der Pflichttheil, als er nur ein Viertel betrug, gedeckt, l. 8 §. 15 D. h. t.

[9] Z. B. durch Eintritt des Substitutionsfalls, oder des Anwachsungsfalls, oder dadurch, daß der unter der Bedingung einer Leistung an den Notherben

Pflichttheilsberechtigten Zugewendete nicht in der betreffenden Quote der Erbschaft besteht[10], wird zur Beantwortung der Frage, ob dadurch der Pflichttheil gedeckt ist, eine Schätzung nöthig, sowohl des Zugewendeten als des Nachlasses. Dabei ist auf die Zeit des Todes des Erblassers zu sehen[11], und sind von dem Nachlasse außer den Schulden auch die Beerdigungskosten in Abzug zu bringen[12].

§. 582.

Eine der Zuwendung an den Notherben hinzugefügte Bedingung oder Befristung enthält eine Verletzung des Pflichttheils, auch wenn der Betrag der Zuwendung dem Pflichttheil entspricht oder ihn übersteigt; Justinian aber hat vorgeschrieben, daß eine solche Bedingung oder Befristung gestrichen werden solle, soweit es nöthig ist, um den Pflichttheil frei zu machen[1]. Ebenso hat Justinian vorgeschrieben, daß eine auf die Zuwendung gelegte Auflage oder sonstige Beschränkung gestrichen werden solle, soweit dadurch der Pflichttheil verletzt wird[2]. Dadurch daß der Pflicht-

---

Bedachte die Bedingung erfüllt. L. 8 §. 10 D. h. t.: — „Ergo eventum puto sequendum in hac re, ut si forte antequam iudicium moveatur oblatio ei fiat eius quod relictum est, quasi ex voluntate testatoris oblato eo, satis ei factum videatur“. Dieß ist also das richtige Element in der Note 7 zurückgewiesenen Regel.

[10] Mag ihm diese Quote durch Einsetzung oder durch Erbschaftsvermächtniß, mag sie ihm als solche oder als „Pflichttheil zugewendet sein.

[11] So daß also spätere Vermehrungen und Verminderungen dem Notherben nicht schaden und nicht nützen. L. 6 C. h. t.; vgl. l. 3 §. 20 l. 44 §. 2 D. de bon. lib. 38. 2. — Hat der Notherbe seinen Pflichttheil als Erbtheil, so wird er natürlich von den späteren Vermehrungen und Verminderungen der Erbschaft mit betroffen. Gegen die ganz quere Idee Mühlenbruch's XXXV S. 277 fg., daß auch in diesem Falle der Pflichttheil nach der Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen sei (welche Idee übrigens Mühlenbruch doch wieder nicht consequent durchführt), s. Arndts S. 130 Note 225.

[12] L. 8 §. 9 D. h. t. Ebenso ist es bei der Berechnung der Falcidischen Quart (l. 1 §. 19 l. 2 D. ad leg. Falc. 35. 2), deren Analogie auch im Uebrigen zu befolgen ist. Francke S. 226 fg., Mühlenbruch XXXV S. 276 fg., Arndts S. 128. 129.

§. 582. [1] L. 32 l. 36 pr. §. 1 C. h. t.

[2] L. 32 C. h. t., Nov. 18 c. 3. Die letzte Stelle entscheidet speciell den Fall, daß der Pflichttheilserbe zwar zum Erben auf das Ganze eingesetzt ist, einem Andern aber der Nießbrauch der Erbschaft hinterlassen ist. Vgl. Seuff.

theilsberechtigte die Streichung einer seinen Pflichttheil beeinträchtigenden Hinzufügung verlangt, verliert er nicht, was ihm die Verfügung des Erblassers über den Pflichttheil hinaus gewährt oder in Aussicht stellt[3], wenn der Erblasser dieß nicht ausdrücklich angeordnet hat. In einer solchen Anordnung hat der Erblasser ein Mittel in Händen, welches geeignet ist, den Pflichttheilsberechtigten zur freiwilligen Anerkennung der vom Erblasser getroffenen Verfügung in der Gestalt, wie er sie getroffen hat, zu bestimmen[4].

Gleichen Sinn wie die vorstehend genannten Bestimmungen Justinian's hat die ferner von ihm getroffene Bestimmung, daß im Falle der Entwehrung einer zur Deckung des Pflichttheils gegebenen Sache den Notherben nur ein Ersatzanspruch zustehen solle[5]. Justinian ist aber auf diesem Wege noch weiter gegangen, und hat vorgeschrieben, daß in allen Fällen, in welchen dem Notherben nur irgend Etwas gegeben worden sei, nicht Ungültigkeit

---

Arch. XIII. 107. — Enthält eine bedingte oder befristete Auflage der Herausgabe des Zugewendeten eine Verletzung des Pflichttheils auch für den Fall, wo der Fruchtertrag der Zwischenzeit den Pflichttheil deckt? An und für sich ist diese Frage zu verneinen (mit der selbstverständlichen Maßgabe jedoch, daß nur der Fruchtertrag des den Pflichttheil übersteigenden Betrages der Zuwendung in Anrechnung gebracht werden darf), und so entscheidet auch l. 8 §. 11 D. h. t. Anders aber ist wohl die Frage zu beantworten nach l. 36 pr. C. h. t. (§. 581 Note 7); es möchte kaum im Sinne Justinian's sein, auch den Ertrag des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens zu der „ipsa substantia patris", nicht zu dem „adventicio iure" Gewonnenen zu rechnen. Vgl. auch l. 6 pr. C. ad SC. Treb. 6. 49 und Mühlenbruch XXXV S. 325, Arndts S. 134. — Eine bedingte Auflage der Herausgabe des Zugewendeten enthält eine Verletzung des Pflichttheils deßwegen nicht weniger, weil ihr eine Zuwendung an den bedingt Belasteten für den entgegengesetzten Fall gegenüber steht, wovon speciell Anwendung auf den Fall gegenseitiger Substitution zweier Pflichttheilsberechtigten zu machen ist; l. 12 C. h. t. steht nicht entgegen. Doch sind die Ansichten über diese Stelle verschieden. Vgl Glück VI S. 77, Mühlenbruch XXXV S. 327, Puchta Vorll. II S. 401, Rudorff Jahrb. d. gem. R. V. 13.

[3] L. 36 §. 1. C. h. t.

[4] S. g. cautela Socini, genannt (mit Unrecht) nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena († 1556). Vgl. Glück VII S. 86 fg., Francke S. 247 fg., Arndts S. 135 fg. Seuff. Arch. IV. 206, XI. 165, XIX. 174.

[5] L. 36 pr. C. h. t.

des Testaments, sondern Ergänzung des Pflichttheils eintreten solle[6].

Um eine Verfügung, durch welche der Pflichttheil hinterlassen ist, gegen Verzögerung in der Vollziehung zu sichern, hat Justinian vorgeschrieben, daß ein Descendent, welcher einem andern Descendenten etwas als Pflichttheil herauszugeben hat und damit bis zum Urtheil wartet, auf ein Drittel Mehr verurtheilt werden soll[7].

4. Gerechtfertigter Ausschluß vom Pflichttheil.

§. 583.

In dem Ausschluß vom Pflichttheil liegt nicht immer eine Verletzung des Pflichttheilserben. Sie liegt darin nicht:

1. wenn der Pflichttheilserbe durch sein Benehmen den Ausschluß verdient hat[1]. Die Beantwortung der Frage, ob er den

---

[6] L. 30. 31. 36 pr. C. h. t., §. 3 I. h. t. — Fragen: 1) Gilt die Justinianische Vorschrift auch für den Fall, wo der Pflichttheil durch eine Zuwendung unter Lebenden gegeben ist? Ja; s. die Interpolation in l. 25 pr. D. h. t. („aut si minus habeat, viri boni arbitratu repleatur"). Vgl. Mühlenbruch XXXVI. S. 7 fg. 15 fg. 2) Gilt die Vorschrift auch für den Fall, wo der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, daß der Pflichttheilsberechtigte nicht Mehr erhalten solle, als das Zugewendete? Diese Frage wird verneint von Bluntschli S. 178, Arndts S. 103, Puchta §. 489 a. E. 490. n, Köppen Grundriß S. 57. 68. 69. Mit Unrecht. Zwar geht Justinian ohne allen Zweifel von der Auffassung aus, es sei anzunehmen, die Ergänzung liege im Sinne des Erblassers; dieß ergiebt sich aus den Worten sive adiciatur in testamento de legitima portione, sive non", womit zu vergleichen ist l. 4 C. Th. h. t. 2. 19, und mehr noch aus der Anordnung, die er trifft daß die Ergänzung nicht wegen Unwürdigkeit des Pflichttheilsberechtigten verweigert werden könne, wenn der Erblasser ihn nicht selbst als unwürdig bezeichnet habe. Aber der Schluß, daß, weil der Gesetzgeber die Ergänzung als im Sinne des Erblassers liegend auffaßt, er sie für den Fall, daß sie nicht im Sinne des Erblassers liegt, habe ausschließen wollen, ist voreilig, und bei der sehr bestimmten Ausdrucksweise der Stelle unzulässig. Vgl. auch Francke S. 340, Mühlenbruch XXXVI S. 19, Arndts Pand. §. 605 Anm. 4. — Vgl. auch noch §. 593 Note 4.

[7] L. 33 pr. C. h. t. Vgl. II §. 263 Note 14. 15 und Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 20; ferner Glück VII S. 92, Francke S. 339. 340, Mühlenbruch XXXVI S. 27 fg., Sintenis III §. 196 Anm. 20. Seuff. Arch. XIV. 245.

§. 583. [1] — „si meruit exheredari", l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1. L. 5

Ausschluß verdient habe, ist im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben[2]. Doch geben die Gesetze einzelne Anhaltspunkte[3]. Eine Erklärung des Erblassers, daß der Pflichttheilsberechtigte den Ausschluß verdient habe, ist nur dann nothwendig, wenn der Ausschluß kein totaler ist[4]. Was die Beweislast angeht, so es ist zunächst an dem Ausgeschlossenen, Beweise für sein Wohlverhalten vorzulegen; beruft sich dem gegenüber der Eingesetzte auf Thatsachen, welche das Mißverhalten des Ausgeschlossenen darthun sollen, so liegt der Beweis für diese Thatsachen natürlich ihm ob[5].

2. In dem Ausschluß vom Pflichttheil liegt auch dann eine Verletzung des Pflichttheilserben nicht, wenn der Ausschluß in wohlmeinender Absicht[6] und im wohlverstandenen Interesse des Pflichttheilserben geschehen ist[7]. Unter der gleichen Voraussetzung

---

§. 1 D. t.: „Huius autem verbi de inofficioso vis illa . . . est, docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione submotum". L. 7 pr. D. de bon. damn. 48. 20. Daß dieß auch für Geschwister gelte, denen eine turpis persona vorgezogen ist, ist früher mit Unrecht bezweifelt worden. Francke S. 291, Mühlenbruch XXXVII S. 381 fg., Arndts S. 159.

[2] Vgl. l. 3 §. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4. — Anders war es mit den Gründen, welche den Freigelassenen berechtigten, den Patron vom Pflichttheil auszuschließen: dieselben waren positiv festgestellt. Vgl. Schmidt Pflichtheilsr. des Patronus 2c. S. 42 fg. — Seuff. Arch. V. 210.

[3] L. 18. 19. 20. 23. 28 l. 33 §. 1 C. h. t. S. auch Nov. 115 c. 3 §. 12, Nov. 22 c. 47. Vgl. Glück VII S. 205 fg., Francke S. 292, Mühlenbruch XXXVII S. 382 fg.

[4] L. 30 pr. C. h. t. Vgl. §. 582 Note 6 Nr. 2. Francke S. 290.

[5] L. 3. 5 D. h. t., l. 28 C. h. t.; l. 22 l. 30 pr. l. 34 C. h. t., Nov. 92 c. §. 1. Mühlenbruch XXXVII S. 123 fg., Arndts S. 101 — gegen Francke S. 291 fg., welcher principiell dem Eingesetzten den Beweis auflegt.

[6] S. g. exheredatio bona mente facta. Vgl. l. 18 D. de lib. 28. 2. „Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant . .". L. 12 §. 2 D. de bon. lib. 38. 2. „Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa . .". Literatur: Glück VII S. 255 fg., Francke S. 422 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 391 fg., Arndts RLex. III S. 901 fg., Mayer I §. 106. 107, Sintenis III §. 197 Anm. 24 fg., Schmidt S. 166 fg. Seuff. Arch. III 86. [Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 289 fg.].

[7] L. 16 pr. §. 2 D. de cur. fur. 27. 10: Jemand, der einen geisteskranken oder verschwenderischen Sohn hat, setzt dessen Kinder zu Erben ein, und hinterläßt ihm selbst nur die nöthigen Alimente.

ist auch eine Belastung der dem Pflichttheilserben gemachten Zuwendung mit Bedingungen und sonstigen Belastungen zulässig[8].[9]

5. Folgen des ungerechtfertigten Ausschlusses. Insbesondere von der querela inofficiosi testamenti.

§. 584.

Es ist zu unterscheiden, ob dem Pflichttheilsberechtigten zu Wenig, oder ob ihm gar Nichts hinterlassen ist.

I. Im ersten Falle hat der Pflichttheilsberechtigte, wie bereits bemerkt (§. 582), lediglich einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils[1]. Dieser Anspruch ist persönlicher Natur[2], gerichtet

---

[8] L. 25 C. h. t.: eine Mutter setzt ihre Kinder unter der Bedingung der Emancipation durch den unzuverlässigen Vater ein. Vgl. l. 16 §. 2 D. cit.

[9] Das im Text Gesagte ist die herrschende Lehre. Dagegen Francke a. a. O. Auch ich glaube nicht, daß die herrschende Lehre, wie sie thut, sich auf l. 18 D. de lib. 28. 2 und l. 12 §. 2 D. de bon. lib. 38. 2 berufen darf; ferner, daß l. 16 D. de B. P. c. t. 37. 4 nur ein schwaches Zeugniß für sie ablegt (vgl. Francke S. 430, Schmidt S. 83 Anm. 54). Was aber l. 16 §. 2 D. de cur. fur. 27. 10 und l. 25 C. h. t., angeht, so leugnet im Grunde auch Francke nicht, daß in diesen Stellen die Gültigkeit einer exheredatio bona mente facta anerkannt sei: er glaubt nur, daß diese Stellen durch Nov. 115 und Nov. 117 c. 1 beseitigt seien, was gewiß nicht der Fall ist. Vgl. §. 589 Note 10. Für sich anführen endlich darf die herrschende Meinung doch auch den der querela inofficiosi zu Grunde liegenden Gesichtspunkt der dem Ausgeschlossenen zugefügten Kränkung (§. 584 Note 11); daher keine Querel, wenn keine Kränkung beabsichtigt war. Allerdings ist dieses Argument nicht durchgreifend; denn eine unbedingte Geltendmachung des bezeichneten Gesichtspunktes würde dazu führen, die Querel auch da für nicht begründet zu erklären, wo die Ausschließung gar nicht im eigentlichen Willen des Erblassers lag und dagegen s. l. 27 §. 4 D. h. t., freilich auf der andern Seite auch l. 28 D. h. t., l. 92 D. de her. inst. 28. 5, l. 3 C. h. t., Vgl. Francke S. 309 fg., Mühlenbruch XXXV S. 380 fg.

§. 584. [1] L. 30. 31. 36 pr. C. h. t., §. 3 I. h. t. Glück VII S. 146 fg., Francke S. 331 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 21 fg., Arndts S. 138 fg., Sintenis III §. 200 Nr. I.

[2] Die Pflicht zur Ergänzung des Pflichttheils liegt auf der Erbschaft wie ein gesetzliches Vermächtniß. Gegen die Ansicht, daß der Ergänzungsanspruch die Natur des Anspruchs aus der Hinterlassung theile, also hereditatis petitio sei, wenn der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingesetzt sei (Unterholzner Verjährungslehre II §. 171, Puchta 489 a. E.), s. Mühlenbruch S. 22 fg., Arndts S. 138.

gegen den oder die eingesetzten Erben[3], gegen eingesetzte Pflichttheilserben natürlich nur bis zum Belange des Ueberschusses über den Pflichttheil[4], ist vererblich[5] und unterliegt der gewöhnlichen Verjährung[5].

Wenn dagegen dem Pflichttheilserben gar nichts hinterlassen ist, so hat er das Recht, das Testament umzustoßen, und erhält nicht bloß seinen Pflichttheil, sondern seinen ganzen Intestaterbtheil[6]. Er kann aber das Testament nicht durch seine bloße Erklärung umstoßen, sondern muß ein dasselbe umstoßendes richterliches Urtheil erwirken[7]. Das Fundament der zu diesem Zwecke zu erhebenden Klage[8] ist einerseits sein Intestaterbrecht[9], anderer-

[3] Aeltere Schriftsteller haben den Anspruch mit Unrecht für eine actio in rem scripta erklärt. Francke S. 332, Mühlenbruch S. 21, Arndts S. 139. — Was der Erbe dem Pflichttheilsberechtigten herausgeben muß, darf er den auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmern verhältnißmäßig in Abzug bringen, nach Analogie des mit Vermächtnissen beschwerten Vermächtnißnehmers, welcher durch den Abzug der Falcidischen Quart etwas verliert. A. M. Arndts S. 140. Vgl. auch Mühlenbruch S. 131 fg.

[4] Nicht bis zum Belange des Ueberschusses über die Intestatportion. Arndts S. 140 — gegen Francke S. 334, Mühlenbruch S. 29. 33.

[5] Die Beschränkungen der querela inofficiosi testamenti finden auf ihn keine Anwendung, da sein Ziel nicht Umsturz, sondern Erhaltung des Testamentes ist. Was die Vererblichkeit angeht vgl. l. 34 pr. C. h. t. Ein Gegengrund gegen die gewöhnliche Verjährung liegt in dieser Stelle nicht. Der Satz nisi bis competebat ist Parenthese, so daß der Schluß der Stelle sich auf ihn nicht mit bezieht. Vgl. Glück S. 147 fg., Francke S. 335, Mühlenbruch S. 34 fg. — Ebensowenig wird der Ergänzungsanspruch durch Annahme des Hinterlassenen verloren, und dieß hat Justinian ausdrücklich ausgesprochen, l. 35 §. 2 C. h. t. (§. 585 Note 3). Seuff. Arch. III. 187. 357.

[6] Vgl. l. 22 C. h. t.: — „eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur“.

[7] Das richterliche Urtheil „rescindit testamentum“. So z. B. l. 8 §. 16 l. 17 pr. D. h. t. Vermittelt wird diese richterliche Befugniß durch die Vorstellung, das Testament sei von einem Wahnsinnigen errichtet. S. §. 578 Note 2. Aber freilich: „hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit ... nam si vere furiosus esset vel demens, nullum es(se)t testamentum“, l. 2 D. h. t.

[8] Von einer Klage kann man hier reden, weil, wenn auch nicht eine Leistung des Gegners, doch ein richterlicher Spruch begehrt wird; in demselben Sinne also, in welchem man von Präjudicialklagen spricht, und in welchem man von einer Klage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sprechen kann. Auch den Quellen ist der Ausdruck actio inofficiosi oder de inofficioso durchaus geläufig, s. z. B. l. 7 l. 12 §. 3 l. 15 §. 2 l. 21 pr. D. h. t., l. 12. 14. 25

seits seine unverdiente Ausschließung[10] und die ihm dadurch widerfahrene Kränkung[11]. Der natürliche Beklagte in der Anfechtungsklage ist der eingesetzte Erbe[12]. Ist derselbe im Besitz der Erbschaft, so verbindet sich mit der Anfechtungsklage naturgemäß eine Klage auf Herausgabe der Erbschaft[13]; es ist aber

---

C. h. t. Die gewöhnliche Bezeichnung der Quellen ist freilich nicht actio, sondern querela inofficiosi testamenti; der Pflichttheilsberechtigte beschwert sich über das Testament als ein liebloses, und verlangt auf Grund dieser Beschwerde seine Beseitigung. Statt querela wird auch accusatio (inofficiosi testamenti) gesagt, s. z. B. l. 6 §. 2 l. 7 l. 17 pr. l. 27 pr. §. 3 D. h. t., l. 11 C. h. t.

[9] Die Erklärung, von demselben Gebrauch machen zu wollen, liegt in der Anstellung der Klage selbst. Sind aber für den Erwerb der Erbschaft besondere Förmlichkeiten oder Fristen vorgeschrieben, so müssen diese beobachtet werden; daher nach römischem Recht für die prätorischen Erben Erbittung der bonorum possessio nöthig war. L. 6 §. 2 l. 7 l. 8 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Vgl. Vangerow II §. 478 Anm. Nr. 2 und die das. Citirten.

[10] — „immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione submotum", l. 5 §. 1 D. h. t. Vgl. §. 578 Note 4.

[11] Dieser Gesichtspunkt der dem Pflichttheilsberechtigten zugefügten Kränkung wird in den Quellen sehr entschieden hervorgehoben, und auch praktisch verwerthet. S. l. 8 pr. l. 22 pr. D. h. t., l. 18 D. de lib. 28. 2, l. 1 §. 8 D. si quid in fr. patr. 38. 5, und §. 585 Note 3. 5. 8.

[12] Der eingesetzte Erbe muß die Erbschaft angetreten haben, — „ante aditam hereditatem nec nascitur querela", l. 8 §. 10 D. h. t. Denn wird die Erbschaft nicht angetreten, so ist die Erbeseinsetzung ohnehin hinfällig. — Damit der Pflichttheilsberechtigte nicht zu lange hingehalten werde, hat Justinian vorgeschrieben (l. 36 §. 2 C. h. t.), daß der eingesetzte Erbe nach Ablauf einer sechsmonatlichen bez. einjährigen Frist (je nachdem er und der Pflichttheilsberechtigte in derselben Provinz wohnen oder nicht) durch den Richter zur Erklärung solle angehalten werden können. Das Präjudiz ist ihm dabei dahin zu stellen, daß er im Falle der Nichterklärung als ablehnend werde angesehen werden. Doch sind die Meinungen hierüber sehr verschieden. Vgl. §. 598 Note 10 und Francke S. 256, Arndts S. 101 Anm. 86; Mühlenbruch XLI S. 296 fg., Sintenis III S. 622 Anm. Nr. 5, [Dedekind das Deliberationsrecht des Erben S. 47]; Vangerow II §. 478 Anm. a. E.

[13] S. z. B. l. 8 §. 8 l. 16 §. 1 l. 17 l. 19 l. 21 §. 2 l. 27 §. 3 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 5 §. 2 l. 7 D. de H. P. 5. 3, l. 3 C. de P. H. 3. 31. Daher hereditatis petitio ex nomine de inofficioso, l. 34 pr. C. h. t.; hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae, l. 20 pr. D. de B. P. c. t. 37. 4. — Der hier vertretenen Ansicht, nach welcher die hereditatis petitio sich mit der querela inofficiosi testamenti nur verbinden kann, steht eine andere weit verbreitete Ansicht gegenüber, nach welcher die querela inofficiosi testamenti eine hereditatis petitio ist, nur eine besonders qualificirte hereditatis petitio. S. Glück VII S. 361, Francke

zur Klage gegen ihn nicht erforderlich, daß er im Besitze der Erbschaft sei[14]. Ist umgekehrt der Pflichttheilsberechtigte im Besitze, so wird regelmäßig der Antrag auf Umstoßung des Testamentes dem Zweck der Vertheidigung gegen die Erbschaftsklage des Eingesetzten dienen[15]; doch kann der Besitzer auch ohne einen gegen ihn gerichteten Angriff mit der Anfechtungsklage gegen den Eingesetzten vorgehen[15a]. Uebrigens darf es dem Pflichttheilsberechtigten nicht verwehrt werden, sich auch einem Andern als dem eingesetzten Erben gegenüber klage- oder vertheidigungsweise darauf zu berufen, daß das Testament als ein liebloses zu beseitigen sei, und der Richter kann sich der Entscheidung über diese Incident-

S. 253 fg,, Mühlenbruch XXXV S. 344 fg., Mayer §. 84 Note 11, Sintenis III §. 199 Anm. 1, Vangerow II §. 478 Anm. Nr. 1. Seuff. Arch. XV. 144. Vgl. andererseits Arndts S. 99 fg., und namentlich G. Hartmann über die querela inofficiosi testamenti nach classischem Recht, akad. Programm 1864. Fernere Literaturnachweise bei Vangerow a. a. O., Hartmann a. a. O. S. 4. 5. [Fitting das castrense peculium S. 232 fg.] Die hier zurückgewiesene Ansicht läßt den Pflichttheilserben in allen Fällen hülflos, in welchen der eingesetzte Erbe nicht im Besitze der Erbschaft (im Sinne der hereditatis petitio) ist, und andererseits gegen denjenigen, welcher die Erbschaftssachen besitzt, die Voraussetzungen der hereditatis petitio nicht vorliegen. Entscheidende Quellenzeugnisse stehen jener Ansicht nicht zur Seite; die zu Anfange der Note genannten Stellen haben den regelmäßigen Fall im Auge; am Meisten spricht noch für sie l. 1 C. h. t.; eher gegen als für sie Paul. S. R. IV. 5 §. 4, l. 6 §. 1 und l. 20 D. h. t., obgleich auch diese Stellen nicht entscheidend sind, wie denn von Anderen l. 20 cit. gerade umgekehrt für sie angeführt wird. — Uebrigens ist zu bemerken, daß in gewissem Sinne auch die querela inofficiosi testamenti als solche eine hereditatis petitio wohl genannt werden kann, indem sie nämlich aufgefaßt wird als Behauptung, daß Kläger der wahre Erbe sei, weil eben das Testament nicht in Betracht komme, und daß sie in diesem Sinne eine vindicatio hereditatis im Centumviralverfahren zweifellos war. Vgl. Brinz S. 838 fg., Schlesinger in der Anzeige der Hartmann'schen Schrift krit. VJSchr. VII S. 470 fg., auch Leist Bonorum possessio II. 2 S. 40.

[14] S. die vorige Note. Das Interesse, welches der Pflichttheilserbe daran hat, die Querel gegen den nicht besitzenden Testamentserben durchzuführen, besteht darin, daß er sich auf das gegen ihn erstrittene Urtheil Dritten gegenüber bei Verfolgung von Erbschaftsansprüchen berufen kann. S. Note 19. — A. M. die in der vorigen Note zu Anfang angeführten Schriftsteller, jedoch außer Mühlenbruch XXXV S. 361 Anm. 49; über und gegen diese Auffassung s. Arndts S. 99 Anm. 95.

[15] L. 18 §. 13 D. h. t.

[15a] Vgl. §. 585 Note 7a.

frage nicht entziehen[16]. In diesem Falle wirkt aber das von ihm gesprochene Urtheil nur zwischen den Partheien[17], während das zwischen dem Pflichttheilsberechtigten und dem eingesetzten Erben[18] gesprochene Urtheil auch Dritten gegenüber Recht macht[19]. Hierbei ist jedoch der bisher allein ins Auge gefaßte Fall vorausgesetzt, daß Einem eingesetzten Erben Ein Pflichttheilserbe gegenübersteht. Sind dagegen[20]

a) mehrere eingesetzte Erben vorhanden, so kann sich der Pflichttheilserbe auf das gegen den einen der eingesetzten Erben erstrittene Urtheil einem andern eingesetzten Erben gegenüber nicht berufen, und derselbe bleibt, wenn der Pflichttheilserbe nicht auch

---

[16] Anders, wie es scheint, die herrschende Meinung, auch diejenigen, welche die Querel mit der hereditatis petitio nicht identificiren. Aber das Gesagte ist eine nothwendige Folge dieser Nicht-Identification. Wollte man den Pflichttheilsberechtigten auf einen vorher gegen den eingesetzten Erben zu führenden Proceß verweisen, so käme man in Verlegenheit für den Fall, daß dieser wegen mangelnden Interesses das Testament nicht vertheidigen will.

[17] Vgl. l. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2.

[18] Dem gleichzustellen ist natürlich sein Erbe; aber ohne allen Zweifel auch der Erbschaftsvermächtnißnehmer, oder wer sonst statt seiner die Erbschaft als Erbschaft hat. Vgl. l. 1. 10 C. h. t.

[19] Der siegreiche Notherbe „et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri .... potest, et corpora vindicare", l. 15 §. 2 D. h. t. Er kann das Urtheil den im Testamente Freigelassenen entgegenhalten, wie der besiegte Testamentserbe es den auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmern entgegenhalten kann. L. 8 §. 16 l. 17 §. 1 l. 28 D. h. t., l. 36 D. de leg. III° 32. Vgl. l. 17 §. 1 cit.: „Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamentifactionem habuisse defunctus non creditur .... creditur ius ex sententia iudicis fieri". Ebenso steht das rescindirende Urtheil dem Pupillarsubstituten entgegen, l. 8 §. 5 D. h. t. — Jedoch wirkt das Urtheil gegen Dritte nur dann, wenn der Eingesetzte das Testament auch wirklich vertheidigt hat, und wenn er es ernstlich vertheidigt hat; überdieß haben Dritte, welche bei dem Ausfall des Processes betheiligt sind, Interventions- und Appellationsrecht. L. 17 §. 1 l. 18 D. h. t., l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 5 §. 1. 2 l. 14 D. de appell. 49. 1. Vgl. Keller Litiscontestation und Urtheil §. 46 Note 12. [Vangerow I §. 173 Num. V. 6.] Die Regel I §. 132 Num. 3 ist zu enge ausgedrückt.

[20] Vgl. zum Folgenden, worüber theilweise viel Streit ist (s. namentlich Note 24): Glück VII S. 433 fg., Francke S. 254 fg. 298 fg., Mühlenbruch XXXV S. 392 fg. XL S. 154 fg., Huschke Rhein. Mus. VI S. 339 fg., Witte RLex. I S. 295 fg., Arndts S. 102. 103, Bering S. 404 fg., Hartmann (Note 13) S. 14 fg. 24 fg., Vangerow II §. 479 Anm. 1. §. 480 Anm. 1, Sintenis III §. 199 Nr. 2.

ihm gegenüber die Anfechtungsklage siegreich durchführt[21], Testamentserbe[22]. Ebensowenig kann der Pflichttheilserbe für den einem eingesetzten Erben nicht abgestrittenen Erbtheil dritten Personen gegenüber auftreten[23].

b) In gleicher Weise kann sich, wenn mehrere Pflichttheilserben vorhanden sind, auf das von dem einen derselben erstrittene Urtheil ein anderer Pflichttheilserbe nicht berufen, und noch weniger kann es ein nicht pflichttheilsberechtigter Intestaterbe; auch in diesem Falle bleibt das Testament für den dem eingesetzten Erben nicht abgestrittenen Erbtheil aufrecht[24]. Jedoch kann,

[21] Er will nicht klagen; oder er kann nicht klagen, weil er Geschwister und der eingesetzte keine unehrenhafte Person ist; oder er unterliegt in Folge einer Meinungsverschiedenheit zwischen den mehreren Richtern der mehreren Sachen.

[22] L. 15 §. 2 D. h. t. „Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a debitoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum est enim, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri". L. 19 D. h. t: — „non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur". L. 25 §. 1 D. h. t.: — „testamentum pro parte valet". L. 13 C. h. t.: — „pro . . parte . . . resolutum est testamentum". L. 24 D. h. t., l. 76 pr. D. de leg. II° 31, l. 12 §. 4 D. de op. lib. 38. 2.

[23] L. 15 §. 2 D. h. t. (Note 22): — „debitores convenire . . . *pro parte* potest, et corpora vindicare . .".

[24] Bestritten. Nach einer andern Meinung (Huschke, Witte, Vering, Sintenis) soll durch das von einem Pflichttheilserben erstrittene Urtheil die vollständige Intestatsuccession eröffnet werden, also auch zu Gunsten der gültig ausgeschlossenen oder gehörig abgefundenen Pflichttheilserben, und zu Gunsten der nicht pflichttheilsberechtigten Intestaterben. In diesem Satze läge aber ein schwerer Bruch der subjectiven Beschränkung der Rechtskraft der Urtheils, ein Bruch, welcher um so auffälliger sein würde, als ja für den Fall einer Mehrheit der eingesetzten Erben anerkanntermaßen das Gegentheil gilt. Man hat zwar nachzuweisen versucht, weßwegen eine abweichende Behandlung unseres Falls gerechtfertigt oder nöthig sei, aber m. E. ohne Erfolg. Bei dieser Lage der Sache müßten dem behaupteten Satze sehr zwingende Quellenzeugnisse zur Seite stehen, wenn er angenommen werden sollte, und dieß ist nicht der Fall. Ueber l. 6 §. 1 und l. 25 §. 1 D. h. t. s. Note 26. L. 19 D. h. t. spricht gewiß nicht für ihn, wie man auch sonst über diese schwierige Stelle denken mag; vielmehr geht aus derselben hervor, daß jedenfalls ein eingesetzter

wenn ein Pflichttheilserbe durch Verzicht, Verjährung oder Tod von der Anfechtungsklage ausgeschlossen ist, dieselbe statt seiner von dem mit ihm Pflichttheilsberechtigten geltend gemacht werden[25]. — Nicht zu verwechseln mit dem hier betrachteten Falle ist der Fall, wo Jemand, welcher gar nicht pflichttheilsberechtigt ist, kraft eines irrigen Urtheils die Umstoßung des Testaments und zwar für die ganze Erbschaft erstreitet; auf dieses Urtheil kann sich allerdings der wahre Pflichttheilserbe berufen, während es dem Sieger nicht nützt[26].

Pflichttheilserbe auf das von einem andern Pflichttheilserben gegen einen andern eingesetzten Erben erstrittene Urtheil (zum Zweck der Erlangung eines größeren Erbtheils) sich nicht berufen kann. Mit Bestimmtheit spricht gegen den aufgestellten Satz l. 16 pr. D. h. t. Denn wenn es hier heißt, daß die Schwester, welche nicht geklagt hat, dem Bruder, welcher die Klage durchgeführt hat, „in legitima hereditate non concurrit", so hat man kein Recht, dieß dahin zu verstehen, daß sie ihm in seinem Erbtheil nicht concurrire; vielmehr ergibt ein einfacher Schluß a contrario (wenn sie die Klage durchgeführt hat, ist sie neben ihm Intestaterbin auf ihren Erbtheil), daß sie von der Intestaterbschaft überhaupt ausgeschlossen werden soll. Uebrigens wenn die Stelle wirklich nur sagen wollte, daß die Schwester dem Bruder, welcher die Klage durchgeführt hat, von seinem Erbtheil nichts abnehmen könne, hätte das doch offenbar nur den Sinn, daß ihre Aussichtslosigkeit dem eingesetzten Bruder gegenüber als selbstverständlich vorausgesetzt wird. — Nicht darf gegen den von den Gegnern aufgestellten Satz l. 29 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2 angeführt werden, weil diese Stelle annimmt, daß der zweite Pflichttheilsberechtigte den Proceß zwar angestellt, aber ihn verloren habe, und für diesen Fall der Satz nicht behauptet wird.

[25] L. 17 pr. l. 23 §. 2 D. h. t. Der Fall des Todes ist in diesen Stellen nicht genannt; aber es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß er den beiden anderen Fällen gleichzustellen ist. — Der Mitpflichttheilsberechtigte kann die Anfechtungsklage des Ausfallenden geltend machen, d. h. er tritt an dessen Stelle nur unter der Voraussetzung, daß derselbe auch seinerseits das Testament hätte anfechten können. Dieß setzen die genannten Stellen voraus. Doch fehlt es auch hier nicht an Meinungsverschiedenheit, und vgl. freilich l. 24 D. de bon. lib. 38. 2 (Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus ꝛc. S. 40 Anm. 17). Vangerow §. 480 Anm. 1. — Daß der Mitpflichttheilsberechtigte, welcher das Anfechtungsrecht des Ausfallenden geltend machen will, selbst nicht vom Anfechtungsrecht ausgeschlossen sei, ist hier als selbstverständlich angenommen. Vgl. Vangerow §. 480 Anm. 2 und l. 21 §. 2 D. de iure patr. 37. 14.

[26] L. 6 §. 1 l. 25 §. 1 D. h. t. (die letzte Stelle durch ein argumentum a contrario). Auch in diesem Satz liegt ein Bruch der Rechtsconsequenz wie in dem in Note 24 zurückgewiesenen Satz, aber bei Weitem kein so weit

c) Stehen mehreren eingesetzten Erben mehrere Pflichttheilserben gegenüber, so muß jeder Pflichttheilserbe seinen Erbtheil verhältnißmäßig jedem eingesetzten Erben gegenüber erstreiten. — Ist der eingesetzte Erbe, welcher dem Pflichttheilserben gegenübersteht, seinerseits Intestaterbe, mag er allein oder mit Andern eingesetzt sein, so kann gegen ihn Aufhebung des Testamentes nur soweit erstritten werden, als er auf Mehr als seinen Intestaterbtheil eingesetzt ist[27].

§. 585*.

Das an und für sich begründete Anfechtungsrecht fällt weg:

a) durch Verzicht des Berechtigten[1], daher namentlich auch

---

gehender, und vor allen Dingen kein Bruch, der sich selbst in Widerspruch mit der Behandlung eines ganz parallelen Falles setzte. — Hiernach muß nun auch behauptet werden, daß, wenn Einem von mehreren Pflichttheilsberechtigten irrigerweise als alleinigem Intestaterben die ganze Erbschaft zugesprochen wird, auf dieses Urtheil sich allerdings auch der andere Pflichttheilsberechtigte berufen kann, obgleich dafür l. 19 D. h. t. (*vv.* ceterum si quis putaverit *cett.*) nicht angeführt werden darf, da hier das Eintreten der vollständigen Intestatsuccession offenbar nicht als wirklicher, sondern als angenommener Fall hingestellt wird. — Ist aber in dem einen und dem andern Fall dem wirklichen Pflichttheilsberechtigten der Zutritt auch dann eröffnet, wenn ihm gegenüber Ausschließungsgründe vorliegen? Die eben genannten Stellen drücken sich ganz allgemein aus; aber ich glaube, daß ihnen gegenüber eine Beschränkung in dem bezeichneten Sinne, eine Beschränkung, durch welche allein eine schreiende Ungerechtigkeit vermieden wird, ebenso gerechtfertigt ist, wie gegenüber den in der vorigen Note genannten Stellen beim Anwachsungsrecht.

[27] L. 19 D. h. t., l. 6. 7 D. de dot. coll. 37. 7. Die l. 19 cit. gehört zu den sechs leges damnatae der Glossatoren, und schwerlich wird man sich jemals über ihre Auslegung ganz vereinigen. Mir scheinen die Schwierigkeiten zu verschwinden, wenn man 1) festhält, daß mit den Worten „itaque dici potest" nur ein Zweifels- kein Entscheidungsgrund eingeführt wird; 2) wenn man sich entschließt, in dem mit den bezeichneten Worten beginnenden Satz die Worte et obtineat als Glossem hinauszuwerfen, so daß dieser Satz sagen würde: es ließe sich allenfalls behaupten, die Siegerin könne auf Grund des erstrittenen Urtheils mit der hereditatis petitio die ganze Erbschaft in Anspruch nehmen. Statt: „quae omissa est etiam si" würde ich vorschlagen zu lesen: „quae omissa est testamento, si".

* Glück VII S. 474 fg., Francke S. 312 fg., Mühlenbruch XXXV S. 437 fg., Arndts S. 100. 101. Vangerow II §. 481 Anm., Sintenis III S. 629 fg. §. 585.

durch Vergleich mit dem Eingesetzten[2]. Wie der Verzicht wirkt auch jede irgendwie ausgedrückte Anerkennung des Testamentes[3]. Umgekehrt verliert der mit der Anfechtungsklage Abgewiesene das ihm im Testament Hinterlassene an den Fiscus[4]. — Das Anfechtungsrecht geht ferner verloren

b) durch fünfjährige Nichtgeltendmachung[5], worüber jedoch der Richter in außerordentlichen Fällen sich hinwegsetzen kann[6]. Die fünfjährige Zeit wird von der Antretung der Erbschaft an

---

[1] L. 34 i. f. C. h. t., l. 17 pr. D. h. t. Nach römischem Recht war Verzicht bei Lebzeiten des Erblassers unverbindlich, l. 35 §. 1 C. h. t.; heutzutage ist er gültig, wie jeder Erbverzicht. Buchka und Budde Entscheidungen ꝛc. V S. 370 fg. (Seuff. Arch. XX. 150).

[2] L. 35 §. 1 C. h. t.

[3] L. 8 §. 10 l. 10 §. 1 l. 12 l. 23 §. 1 l. 31 §. 2—4 l. 32 D. h. t., vgl. auch l. 8 §. 1 D. h. t., l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22. Wenn übrigens in diesen Stellen gesagt wird, daß namentlich auch durch Annahme eines im Testamente hinterlassenen Vermächtnisses das Anfechtungsrecht verloren werde, so ist zu bemerken, daß nach neuestem Recht das Anfechtungsrecht überhaupt wegfällt, sobald nur Etwas hinterlassen ist (§. 584 z. A.), und daß der Ergänzungsanspruch durch Annahme einer Gabe aus der Hand des Erblassers nach der ausdrücklichen Verfügung Justinian's in l. 35 §. 2 C. h. t. nicht verloren wird. Im Uebrigen vgl. über die weitgehende Art, in welcher der Gesichtspunkt der Anerkennung hier verwerthet wird, namentlich: l. 23 §. 1 D. h. t. (Kauf oder Miethe einer Erbschaftssache von dem Eingesetzten, Zahlungsleistung an denselben); l. 32 pr. D. h. t. (Unterstützung eines Andern bei der Einklagung eines Vermächtnisses aus dem Testament). Die Erklärung dafür kann allein in der Natur der Anfechtungsklage als einer gegen eine Kränkung der Person gerichteten Klage gefunden werden, s. auch l. 5 §. 1 D. de his quae ut ind. 34. 8. Vgl. noch Bähr Anerkennung S. 216 fg. (2. Ausg.). — Ueber die entsprechenden Bestimmungen in Betreff des vom Freigelassenen ausgeschlossenen Patrons vgl. Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus ꝛc. S. 55 fg.

[4] L. 8 §. 14 D. h. t., vgl. l. 11. 22. 30 §. 1 eod. Vgl. §. 671 Num. 1. Seuff. Arch. XV. 39. In Betreff des Patrons vgl. Schmidt a. a. O. S. 91.

[5] L. 16 l. 34 i. f. C. h. t., vgl. l. 8 §. 17 l. 9 l. 23 §. 2 D. h. t. Vgl. außer den bei * Genannten noch: Unterholzner Verjährungslehre II §. 169, Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte S. 30—39. — Auch diese kurze Verjährung beruht jedenfalls mit auf dem Gesichtspunkte der Kränkung, welche die Querel verfolgt. Vgl. namentlich Demelius a. a. O.

[6] L. 8 §. 17 D. h. t. Die Zeit der Minderjährigkeit wurde in die Verjährungszeit nicht eingerechnet schon ehe Justinian seine allgemeine Verfügung in l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41 getroffen hatte, l. 2 C. eod.

gerechnet[7]. Ihr Ablauf wird dem zur Anfechtung Berechtigten dadurch nicht unschädlich gemacht, daß er im Besitz der Erbschaft ist[7a].

c) Endlich geht das Anfechtungsrecht auch dadurch verloren, daß der Berechtigte stirbt, ohne dessen Geltendmachung vorbereitet zu haben[8]. Nur von Descendenten auf Descendenten geht das Anfechtungsrecht ohne alle Vorbereitung über[9].

Zum Schluß ist noch zu bemerken, daß die querela inofficiosi testamenti nach der Auffassung des römischen Rechts nur zur Ausfüllung der durch das formelle Notherbenrecht gelassenen Lücken bestimmt ist, und daß sie daher nicht Platz greift, wenn der Notherbe schon nach den Grundsätzen des formellen Notherbenrechts zur Erbschaft gelangen kann[10].

---

[7] Nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's in l. 36 §. 2 C. h. t. Justinian erzählt, Modestin habe von dem Tode des Erblassers an rechnen wollen.

[7a] Vgl. I §. 112 Note 8. A. M. Francke S. 314, Mühlenbruch S. 462. 463.

[8] L. 6 §. 2 l. 7 D. h. t. Auch dieser Satz hat seinen Grund mit darin, daß die Anfechtung dem Pflichttheilserben Genugthuung für eine Kränkung verschaffen soll; er erklärt sich aber auch schon daraus, daß eine nicht erworbene Erbschaft auf die Erben nicht übergeht.

[9] Nach Justinian's Bestimmung in l. 34 C. h. t., vgl. l. 36 §. 2 i. f. C. h. t. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift wird übrigens wesentlich dadurch gemindert, daß nach neuestem Recht der Enkel das Testament auch aus eigenem Recht anfechten kann. Vgl. §. 579 Note 9, §. 573 Note 4. Ueber die Frage, ob Justinian's Vorschrift nicht auf den Fall zu beschränken sei, wo der Pflichttheilsberechtigte vor der Erklärung des Eingesetzten gestorben ist, s. einerseits Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 18, Arndts S. 101 Note 6, welche diese Frage verneinen, andrerseits Glück VII S. 464 fg., Francke S. 317 fg., Vangerow II §. 478 Nr. 3, welche sie bejahen. Ebenfalls bejahend Seuff. Arch XIX. 248.

[10] §. 2 I. h. t. Deßwegen wird die querela inofficiosi testamenti in l. 4 C. de lib. 6. 28 als „ultimum adiutorium" bezeichnet. Nach einer andern Meinung soll die querela inofficiosi testamenti überhaupt, nicht bloß dem formellen Notherbenrecht gegenüber, subsidiär sein. S. dagegen l. 8 §. 12 D. h. t., l. 14. 16 C. h. t.; auch l. 1 §. 6 D. si a par. quis manumissus 37. 12 (Schmidt Pflichttheilsr. des Patronus ꝛc. S. 136 fg.). Vgl. Vangerow II §. 481 Anm. Nr. 3 und die das. Citirten.

Anhang: Verletzung des Pflichttheils durch Verfügungen unter Lebenden *.

§. 586.

Das Anfechtungsrecht wegen Verletzung des Pflichttheils ist von letztwilligen Verfügungen auf freigebige Zuwendungen unter Lebenden ausgedehnt worden[1]. Hierfür gelten im Allgemeinen die Grundsätze von der querela inofficiosi testamenti[2]. Namentlich sind die berechtigten Personen dieselben[3]; ebenso ist die Höhe

§. 586. * Cod. 3. 29 de inofficiosis donationibus. 3. 30 de inofficiosibus dotibus. — Glück VII S. 156 fg., Francke S. 498 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 38 fg., Mayer §. 108. 109, Arndts RLex. VIII S. 162 fg. Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 158 fg. (1821). Kritz exegetisch-praktische Abhandlungen Nr. 5 (1824). Breidenbach Arch. f. civ. Pr. XXVII 14. XXVIII. 2 (1844. 1845). S. ferner: Vangerow II §. 482, Sintenis III S. 635—638, Brinz S. 851 fg., Unger §. 86.

[1] In der That kann es keinen Unterschied machen, ob der Erblasser über einen Nachlaß in einer Weise verfügt, daß der Notherbe seinen Pflichttheil nicht erhält, oder ob er sein Vermögen in der Weise mindert, daß der Notherbe seinen Pflichttheil im Nachlasse nicht vorfindet. Vgl. l. 3 C. h. t. (de inofficiosis donationibus): — „qui cum . . patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt"; l. 4 C. h. t.: — „immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit", s. auch l. 6. 8 C. h. t., l. 1 C. de inoff. dot.; l. 5 C. h. t.: — „facultates tuas per donationes vacuas fecisti"; l. 7 C. h. t.: „evisceratis opibus". — Im Besonderen nennen die Quellen Schenkungen und Dotalbestellungen (welche letzteren auch dann hierher gehören, wenn sie keine Schenkungen im streng juristischen Sinne des Wortes sind, vgl. II § 492 Note 4. 5). Vgl. Arndts S. 170. Negotia mixta donatione gehören hierher, soweit sie Schenkungen sind (II §. 365 Note 3). Vgl. Arndts S. 170. Seuff. Arch. III. 356, IX. 193. — Nicht gehören hierher Schenkungen auf Todesfall; dieselben sind, soweit sie den Pflichttheil schmälern, einfach hinfällig, wie Vermächtnisse. Vgl. §. 676 Note 5, l. 17 D. de m. c. don. 39. 6, l. 5 C. ad leg. Falc. 6. 50, und den Rechtsfall bei Fitting Arch. f. civ. Pr. L. 4. Ebensowenig gehört hierher der Erbvertrag; die in demselben enthaltene Erbeseinsetzung steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die in einem Testament enthaltene, ist deßwegen nicht weniger Erbeseinsetzung, weil sie nicht in einem Testament gemacht ist. Hartmann Erbverträge S. 70 fg. Seuff. Arch. I. 89, XX. 147: anders das. IV. 138. 243, V. 36. Vgl noch das. I. 90, III. 64.

[2] L. 9 C. h. t. „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis existimanda . .". Vgl. l. 1. 2. 4. 6 C. h. t.

[3] Bestritten: a) für die Geschwister von Puchta §. 491. c, s. auch Arndts

des Pflichttheils in gleicher Weise zu bestimmen[4]. Bei Beantwortung der Frage, ob durch die freigebige Verfügung der Pflichttheil verletzt ist oder nicht[5], ist zunächst zu sehen auf den Bestand des Vermögens zur Zeit der Zuwendung, so daß die Zuwendung eine pflichtwidrige nicht ist, wenn sie von dem zu dieser Zeit vorhandenen Vermögen den Pflichttheil übrig läßt, und auch eine pflichtwidrige nicht wird, wenn das übrig gelassene Vermögen später eine Verminderung erleidet[6]. Von der andern Seite hört

---

S. 163. Allerdings sind die Geschwister nicht ausdrücklich genannt; aber auf Grund der in der vorigen Note genannten Stellen muß das Recht der querela inofficiosi testamenti festgehalten werden, bis eine Abweichung bewiesen ist. So denn auch die herrschende Meinung. Francke S. 533, Mühlenbruch S. 55. 58, Arndts S. 164, Vangerow S. 280. b) Ferner streitet man darüber ob nachgeborene Notherben ein Anfechtungsrecht haben. Die herrschende Meinung ist für die Bejahung auch dieser Frage; dagegen Mühlenbruch S. 70, Vangerow Nr. I. 4 a. E. Für die Verneinung spricht, daß auch eine dem Betrage nach nicht pflichtwidrige Schenkung durch spätere Minderung des Vermögens nach allgemeinem Anerkenntniß nicht pflichtwidrig wird (Note 6); für die Bejahung aber doch wohl in entscheidender Weise l. 5 C. h. t. Denn wenn auch diese Stelle zunächst nur von einem Rückforderungsrecht des Erblassers zu verstehen ist (Note 15), so ist doch, wie Francke S. 519 und Arndts S. 160 mit Recht bemerken, nicht anzunehmen, daß sie die Versorgung der nachgebornen Kinder, welche ausgesprochener Maßen ihr Zweck ist, von der Willkür des Erblassers habe abhängig machen wollen. Vgl. auch Unger §. 86 Anm. 3.

[4] S. auch Nov. 92. Die Meinung Zimmern's a. a. O., daß für Ascendenten und Geschwister hier die alte Quart ihre Geltung behalten habe, ist ohne alle Nachfolge geblieben. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. I. 3 a. E.

[5] Vgl. zum Folgenden: Glück VII S. 156 fg., Francke S. 508 fg., Mühlenbruch S. 117 fg., Arndts S. 166 fg., Vangerow Nr I. 2.

[6] Nur sind, wenn die Verminderung durch neue freigebige Zuwendungen herbeigeführt wird, diese pflichtwidrig. Dem Testator kann nicht gestattet sein, durch Theilhandlungen einen Erfolg hervorzubringen, welchen durch Eine Handlung hervorzubringen ihm verboten ist. Von der andern Seite nimmt er eben Theilhandlungen vor; seine spätere Handlung ist nicht eine Fortsetzung der früheren, mit dieser eine Einheit bildend, sondern sie ist eine neue Handlung. Deßwegen ist die Meinung (vgl. die bei Glück VII S. 174 Genannten) falsch, daß die Anfechtung nicht gegen die letzte Schenkung, sondern verhältnißmäßig gegen alle Schenkungen zu richten sei. — Was von späteren freigebigen Verfügungen unter Lebenden gilt, gilt in derselben Weise auch von letztwilligen Verfügungen, durch welche dem Notherben der übrig gebliebene Pflichttheil entzogen oder beschränkt wird. Vgl. Nov. 92. — Seuff. Arch IV. 68. 137, VII. 313.

eine Zuwendung, welche zur Zeit, wo sie gemacht wurde, eine pflichtwidrige war, wieder auf eine pflichtwidrige zu sein, wenn das Vermögen des Erblassers sich in der Weise vermehrt, daß der Notherbe aus seinem Nachlasse, mit Einrechnung der früher gemachten Zuwendung und der neuen Vermögensvermehrung, den Pflichttheil erhält[7]. Ebenso hört die Zuwendung dadurch auf eine pflichtwidrige zu sein, daß der Pflichttheil sich vermindert[8]. Freigebige Zuwendungen, welche der Notherbe seinerseits erhalten hat, muß er sich in den Pflichttheil einrechnen[9]. Zur Pflichtwidrigkeit der Zuwendung genügt die Thatsache, daß sie den Pflichttheil verletzt; Absicht den Pflichttheil zu verletzen ist nicht erforderlich[10]. Schlechtes Benehmen des Notherben schließt auch dieses Anfechtungsrecht aus[11]. Gerichtet ist das Anfechtungsrecht gegen den Empfänger der Zuwendung, nicht gegen den dritten Besitzer[12]. Die Wirkung der Durchführung des Anfechtungsrechtes ist Aufhebung der Schenkung bis zum Betrage des Pflichttheils, nicht der ganzen Schenkung[13]. Verlust des Anfechtungsrechtes

---

[7] Der Notherbe kann nicht Mehr verlangen, als sein Pflichtheil betragen haben würde, wenn gar keine Schenkung gemacht worden wäre. Wenn daher Jemand, der 12000 im Vermögen hat, die ganzen 12000 wegschenkt, hinterher aber neue 6000 erwirbt, so ist der Pflichttheil nicht verletzt, wenn derselbe 1/3, wohl wenn er 1/2 beträgt.

[8] Durch Wegfall eines Pflichttheilserben von 1/2 auf 1/3.

[9] Was er gegen den Gegner geltend macht, muß er auch gegen sich gelten lassen. L. 6. 7 C. h. t. Seuff. Arch. XVI. 233. Um so mehr fällt das Anfechtungsrecht weg, wenn der Pflichttheilsberechtigte trotz des Uebermaßes der Schenkung durch letztwillige Verfügung dennoch seinen Pflichttheil erhält. Dieser Fall ist so zu denken, daß der Pflichtheilsberechtigte einen Mitintestaterben hat, welcher entweder gar nicht pflichttheilsberechtigt, oder gerade der Beschenkte ist. Von diesem letzteren Fall handelt Nov. 92.

[10] So die herrschende Meinung; dagegen unter den Neueren Kritz S. 125 fg., Mühlenbruch S. 74 fg. Allerdings enthalten die in l. 87 §. 3 D. de leg. II° 31, l. 1. 8 C. h. t. und Vat. fr. §. 270 entschiedenen Fälle das Moment der Verkürzungsabsicht; aber ebenso bestimmt wird von diesem Moment abgesehen in l. 2. 3. 4. 6. 7 C. h. t. und Vat. fr. §. 271. 280. 282, und für nothwendig erklärt wird es in keiner Stelle. Vgl. Francke S. 505 fg., Arndts S. 165 fg., Vangerow Nr. I. 3.

[11] L. 9 C. h. t., Nov. 92 c. 1 §. 1.

[12] A. M. Glück VII S. 175 und die daselbst Genannten, unter den Neueren Brinz S. 852. S. dagegen Francke S. 520 fg., Mühlenbruch S. 70 fg., Arndts S. 164.

tritt aus den im §. 585 genannten Gründen ein[14]. — Auch der Erblasser selbst kann im Falle der Nachgeburt von Kindern von einer früher von ihm gemachten Zuwendung soviel zurückfordern, als der Pflichttheil der Kinder beträgt[15].

C. Die Novelle 115*.

§. 587.

Die Novelle 115[1] läßt das Notherbenrecht der Geschwister unberührt; in Betreff des Notherbenrechts der Descendenten und Ascendenten hat sie folgende neue Bestimmungen getroffen.

1. Descendenten und Ascendenten haben einen Anspruch nicht

---

[13] So sehr bestimmt l. 2. 5. 7. 8 C. h. t., l. un. C. de inoff. dot. 3. 30, Nov. 92 c. 1, und dafür denn auch die herrschende Meinung. Glück S. 158 fg., Francke S. 521 fg., Mühlenbruch S. 97 fg., Arndts S. 164 fg., Vangerow Nr. II. Seuff. Arch. IX. 193. Allerdings entscheidet anders l. 87 §. 3 D. de leg. II° 31; aber diese Stelle (ein Rescript von Alexander enthaltend) zeigt das Institut in seinen ersten Anfängen, und kann nicht zweifelhaft machen, wohin das Recht sich später festgestellt hat. Doch wird auch das Gegentheil vertheidigt, schlechthin oder mit allerlei Unterscheidungen, so unter den Neueren von Zimmern und Breidenbach a. a. OO.

[14] Note 2 und l. ult. C. h. t. Die Verjährung des Anfechtungsrechts ist aber vom Erbschaftsantritt unabhängig, da es nicht erst mit diesem entsteht. — Auch hier (vgl. §. 585 Note 10) wird absolute Subsidiärität des Anfechtungsrechtes behauptet; aber l. 4 C. h. t. sagt nur: „ideoque non est tibi *necessarium* . . auxilium ad instar inofficiosi testamenti“.

[15] Welches Rückforderungsrecht aber keine querela inofficiosae donationis, sondern ein gewöhnliches obligatorisches Rückforderungsrecht ist (s. g. condictio ex lege). Dasselbe beruht auf l. 5 C. h. t. Francke S. 519, Mühlenbruch S. 56 fg., Breidenbach XXVIII S. 37 fg., Vangerow Nr. I. 4. Früher war die herrschende Meinung (vgl. Glück VII S. 167 fg., Mühlenbruch S. 57 Note 22) gegen dieses Rückforderungsrecht, indem sie in l. 5 C. cit. nur eine Querel der Kinder selbst anerkannt fand; so auch jetzt noch Savigny System IV S. 226 Note 10, Arndts S. 163 Note 377. Die Sache ist zweifelhaft; doch glaube auch ich, daß die letztere Ansicht den Worten der l. 5 cit. („ad patrimonium tuum revertatur“) zu viel Gewalt anthut.

* Vgl außer den bei §. 575 Genannten noch: Heumann über das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 4 (1842). §. 587.

[1] Die Nov. 115 ist vom Jahre 541. Dieselbe handelt übrigens nicht ausschließlich vom Notherbenrecht', sondern nur in c. 3. 4. 5 pr. In den übrigen Theilen der Novelle ist von sehr fremdartigen und sehr verschiedenen Dingen die Rede. Die Bestimmungen über das Notherbenrecht sind veranlaßt durch einen einzelnen Fall, der zu Justinian's Cognition gekommen war (c. 5 pr.).

bloß auf Hinterlassung des Pflichttheils, sondern auch auf Erbeseinsetzung[2].

2. Enterbt oder übergangen werden dürfen sie nur unter Angabe des Grundes, und nur aus einem der im Gesetze bezeichneten Gründe[3]. Die Wahrheit des angegebenen Grundes muß im Bestreitungsfalle von den eingesetzten Erben dargethan werden[4].

3. Sind Descendenten oder Ascendenten ohne Angabe eines Grundes oder aus einem gesetzlich nicht anerkannten oder unwahren Grunde enterbt oder übergangen worden, so treten sie an Stelle der eingesetzten Erben[5]; dagegen bleibt der übrige Inhalt des Testamentes aufrecht[6].

Für den Fall, daß Descendenten oder Ascendenten zwar

---

[2] Nov. 115 c. 3 pr.: „Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem . .“. c. 4 pr. „Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare . .“. — Gilt dieß auch für den Fall, wo der Erblasser über sein Vermögen durch Erbvertrag verfügt? Seuff. Arch. IV. 138, VII. 76, IX. 321; vgl. XX. 147.

[3] Das c. 3 pr. fährt an der oben abgebrochenen Stelle fort: — „nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant indicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur“. Ebenso c. 4 pr.: — „nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint“.

[4] c. 3 §. 14: — „Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suum habere firmitatem decernimus“. Ebenso c. 4 §. 9. Vgl. Seuff. Arch. X. 70.

[5] c. 3 §. 14 (Note 4) fährt fort: „Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire . .“. Ebenso c. 4 §. 9.

[6] c. 3 §. 14 fährt fort: „Si vero contigerit in quibusdam talibus

zu Erben eingesetzt sind, aber auf Weniger, als ihren Pflichttheil, behält es sein Bewenden bei dem bestehenden Recht, wonach sie nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können[7]. Ebenso behält es sein Bewenden bei dem früheren Recht für den Fall, daß ihr Pflichttheil durch Zuwendung unter Lebenden verletzt ist[8].

Von den zuvor genannten drei Punkten ist im Folgenden näher zu handeln.

§. 588.

Descendenten und Ascendenten haben einen Anspruch auf Erbeseinsetzung. Nicht bloß der Ausschluß vom Vermögen sondern auch das Nichtbedenken unter den Erben gilt als eine vom Gesetze mißbilligte Kränkung[1]. Aber sie haben keinen Anspruch auf Erbeseinsetzung auf ihren Pflichtheil; sie müssen mit einer Erbeseinsetzung auf den kleinsten Theil zufrieden sein, wenn ihr Pflichttheil durch eine sonstige Verfügung gewahrt ist[2]. Andererseits ist mit einer ganz inhaltlosen Erbeseinsetzung der Vorschrift des Gesetzes nicht genügt[3]. Ist der Erbeseinsetzung eine Bedin-

---

testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum donationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis quibus fuerint derelicta et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum". Ebenso c. 4 §. 9.

[7] c. 5 pr. „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri". Gegen die Meinung (Puchta §. 493. n, Köppen Grundriß S. 79), daß bei ausdrücklicher Beschränkung auf Weniger als den Pflichttheil ohne Angabe eines Enterbungsgrundes oder unter Angabe eines ungültigen oder unwahren doch wieder Ungültigkeit der Erbeseinsetzung eintrete (vgl. §. 582 Note 6), s. Arndts S. 137, Schmidt S. 171 Note 57.

[8] Die Novelle spricht von diesem Falle gar nicht.

[1] c. 5 pr. — „Sola est enim nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre". Präterition und Exheredation sind kein Recht des Erblassers mehr, sondern dürfen nur als „poena ingratitudinis" (c. 3 i. f.) verhängt werden. §. 588.

[2] Daß sie bei Einsetzung auf Weniger als den Pflichttheil nur Ergänzung ihres Pflichttheils verlangen können, sagt die Novelle ausdrücklich, (§. 587 Note 7); daß sie sich dabei müssen anrechnen lassen, was sie durch eine sonstige Verfügung erhalten haben, sagt sie zwar nicht ausdrücklich, aber es liegt offenbar in ihrem Sinne. Vgl. Francke S. 393.

[3] Z. B. mit einer Erbeseinsetzung auf „das Uebrige" nach vollständiger

gung hinzugefügt[4], so wird dieselbe gestrichen[5], auch die Potestativbedingung; abgesehen von der auf den nackten Willen des Eingesetzten gestellten[6]. Substitution ist gehörige Einsetzung nicht[7],

---

Vertheilung der Erbschaft. Francke S. 394 fg., Mühlenbruch XXXV S. 322. XXXVII S. 366 fg., Arndts S. 141. 142, Vangerow II S. 196. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 277, XI. 66, XIX. 173. — Einsetzung ex re certa genügt, c. 5 pr.

[4] S. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes: Francke S. 385 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 213 fg., Arndts S. 142 fg., Schmidt S. 160; ferner Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 232 fg., Sintenis III S. 591 fg., Vangerow II §. 484 Anm. Nr. I. [v. Scheurl Beiträge II. 2 S. 311 fg.]

[5] So Mühlenbruch, Schmidt, Heumann, Vangerow, während Francke Arndts, Sintenis der Ansicht sind, daß die bedingte Erbeseinsetzung als Nichteinsetzung anzusehen sei. Die Rechtfertigung des im Texte aufgestellten Satzes ist bei den genannten Vertheidigern desselben noch eine verschiedene. Nach meiner Ansicht darf er nicht auf die Regel gegründet werden, daß bei Erbeseinsetzungen überhaupt unzulässige Bedingungen zu streichen sind (I §. 94) — denn die Bedingung ist ja hier nicht an und für sich unzulässig, sondern eben weil in ihr eine Verletzung des Notherbenrechts enthalten ist — sondern lediglich auf die Analogie der l. 32 C. de inoff. 3. 28. Allerdings handelt dieses Gesetz nur von der Hinterlassung des Pflichttheils; aber wenn Justinian in Nov. 115 dem Anspruch auf Hinterlassung des Pflichttheils den Anspruch auf Erbeseinsetzung gleichstellt, so ist es auch in seinem Sinne, daß die Verfügung, welche gemacht wird, um dieser letzteren Verpflichtung zu genügen, in derselben Weise von ungehörigen Beschränkungen befreit werde, wie nach l. 32 cit diejenige Verfügung von solchen Beschränkungen befreit werden soll, welche gemacht wird, um der Verpflichtung zur Hinterlassung des Pflichttheils zu genügen. Es ist diese Frage ein Theil der allgemeinen Frage nach der Natur der in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle eintretenden Ungültigkeit. S. §. 591. — Nach dem Präteritionsrechte trat eine Verbesserung der bedingten Erbeseinsetzung durch Abzug der Bedingung unbestritten nicht ein (l. 4 C. de inst. 6. 25, l. 83 D. de cond. 35. 1), obgleich es nicht unbestritten ist, ob nicht für Söhne und Enkel bedingte Einsetzung genügend gewesen sei (l. 4 l. 6 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 1 §. 8 D. de suis 38. 16, l. 4 C. de lib. 6. 28), und der Prätor bonorum possessio contra tabulas nicht sofort sondern nur bei Ausfall der Bedingung gab (l. 3 §. 12—14 l. 18 pr. D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 2 §. 1 l. 5 pr. D. de P. B. s. t. 37. 11). Vgl. Francke §. 4. 11, Schmidt S. 41 fg., Vangerow §. 469. Ueber die Frage, ob nicht dieses Recht für die Personen, auf welche es sich bezog, auch nach der Novelle noch Geltung behalten habe, s. §. 592.

[6] Nach dem Präteritionsrecht galt nicht für fehlerhaft nicht bloß die Einsetzung unter der Bedingung si volet (l. 86 D. de her. inst. 28. 5), sondern auch die Einsetzung unter einer Potestativbedingung überhaupt, vorausgesetzt

und zwar tritt der Substituirte als Intestat- nicht als Testamentserbe ein[8].

§. 589.

Um Descendenten und Ascendenten gültig auszuschließen, bedarf es keiner ausdrücklichen Enterbung; es genügt Nichteinsetzung[1]. Nur muß unter allen Umständen aus der Verfügung

---

daß die Erfüllung derselben nicht mit Schwierigkeiten für den Eingesetzten verbunden war (l. 4 D. de her. inst. 28. 5, l. 15. 28 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 §. 4 D. de bon. lib. 38. 2). Anders ist im Sinne der l. 32 C. cit. zu entscheiden, da ja die Nöthigung zu irgend einer Handlung eine Beschränkung der Freiheit ist, und daher in der Vornahme derselben ein Opfer liegt (vgl. I §. 93). Heumann S. 238. A. M. Mühlenbruch S. 213. 214, Vangerow a. a. O., Schmidt a. a. O. Auch Arndts und Sintenis machen auf ihrem Standpunkt (Note 5) eine Ausnahme für die Potestativbedingung als solche.

[7] Man darf nicht dabei stehen bleiben, daß die Substitution eine bedingte Erbeseinsetzung sei. Die Folge dieser Auffassung wäre nach der hier vertretenen Ansicht von der Behandlung der bedingten Erbeseinsetzung, daß der Substituirte neben dem Eingesetzten Erbe würde (nicht, wie Mühlenbruch a. a. O. annimmt, statt seiner). Sondern der Substituirte ist zugleich durch die Einsetzung des Instituirten übergangen, und macht daher dessen Einsetzung ungültig. Vgl. l. 14 §. 1 D. de lib. 28. 2: — „vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere“, und s. die Stellen der folgenden Note.

[8] Das Pandektenrecht unterscheidet: ist die Erbeseinsetzung in Folge der ungehörigen Ausschließung der Notherben von Anfang an nichtig, so tritt die Substitution in Kraft; wird die Erbeseinsetzung hinterher hinfällig (durch Erscheinen eines postumus; durch bonorum possessio contra tabulas), so fällt mit ihr auch die Substitution. L. 75 D. de her. inst. 28. 5, l. 43 §. 2 D. de vulg. 28. 6, l. 3 §. 6 D. de lib. 28. 2; l. 5 D. de iniusto 28. 3, l. 14 pr. D. de lib. 28. 2, l. 8 §. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4. Vgl. Vangerow II §. 470 Anm., Francke S. 77 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 336 fg., Arndts S. 86 fg., Schmidt S. 38. Weßwegen diese Unterscheidung nicht auch im neuesten Recht noch zur Anwendung zu bringen sei, ist nicht abzusehen. Daher müssen diejenigen, welche nach dem Recht der Novelle durch die ungehörige Ausschließung eines Notherben die Erbeseinsetzungen von Anfang an nichtig werden lassen, den Substituirten als testamentarischen, diejenigen, welche, wie dieses Lehrbuch (§. 591), die Erbeseinsetzungen in irgend einer Weise erst später wegfallen lassen, als Intestaterben berufen, Alle aber müssen ihn als Intestaterben berufen in Folge des Erscheinens eines postumus. Die Schriftsteller sind hier nicht immer consequent. Vgl. Francke S. 397, Heumann S. 239 fg., Arndts S. 144 fg., Vangerow II S. 285.

[1] So ausdrücklich die Novelle. S. §. 587 Note 2. 3. §. 589.

des Erblassers erhellen, daß der in derselben genannte Ausschließungsgrund auf diese bestimmte Person, oder auch auf diese Person, bezogen worden sei[2]. Eine bedingte Enterbung genügt, wenn der Notherbe für den entgegengesetzten Fall zum Erben eingesetzt[3], oder die Bedingung der Enterbung vor dem Tode des Erblassers erfüllt ist[4]. Enterbung unter der Bedingung des künftigen Eintretens eines Ausschließungsgrundes ist gültig, wenn der Ausschließungsgrund vor dem Tode des Erblassers wirklich geworden ist[5]. Enthält das Testament Substitutionen, so muß die Ausschließung von jedem Grad erfolgen[6]; fehlt sie

---

[2] Vgl. Francke S. 399—400, Mühlenbruch XXXVII S. 230—231, Vangerow II §. 484 Anm. Nr. III, Arndts S. 145.

[3] Eine solche Erbeseinsetzung kann auch in der bedingten Enterbung selbst liegen, ja wird regelmäßig darin gefunden werden müssen, wobei nur die Frage bleibt, ob der bedingt Enterbte anstatt des Eingesetzten oder neben demselben hat eingesetzt werden sollen. Vgl. §. 546 Note 11, Mühlenbruch XXXVII S. 227—228. A. M. Arndts S. 146.

[4] Francke S. 401—402. Andere (Arndts S. 145—146, Vangerow II §. 484 Anm. Nr. III, s. auch Schmidt S. 165 Note 35) erklären die bedingte Enterbung schlechthin für gültig, mit Berufung darauf, daß, wer unbedingt enterbt werden dürfe, sich auch über das Mindere, eine bedingte Enterbung, nicht beklagen könne. Aber er kann jedenfalls eine bestimmte Enterbung verlangen: hier ist er aber nur möglicherweise enterbt.

[5] Die Novelle hat nur den Fall im Auge, wo der Ausschließungsgrund zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits wirklich geworden ist. Aber ihre Meinung ist doch die, daß von der Erbschaft ausgeschlossen werden dürfe der Schuldige, und das kann in ihrem Sinne wohl nur dahin verstanden werden: der jetzt Schuldige oder zur Zeit der Eröffnung der Erbschaft schuldig Gewordene. Bei der Wortinterpretation bleiben stehen Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 248, Vangerow II §. 4 484 Anm. Nr. III a. E.; dagegen v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 353, Mühlenbruch XXXVII S. 231 fg., Arndts S. 147, Schmidt S. 164—165, Sintenis III S. 603.

[6] Sonst ist die Ausschließung keine vollständige. So auch das Präteritionsrecht, welches sich hier nicht durch den Gesichtspunkt: exheredationes non esse adiuvandas (l. 19 D. de lib. 28. 2), sondern durch berechtigte sachliche Erwägungen leiten ließ. L. 3 §. 2 D. de lib. 28. 2, l. 8 §. 3 D. de B. P. c. t. 37. 4. Für die Frage, wann man in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers anzunehmen habe, daß die Enterbung auf alle Grade bezogen sei oder nicht, hat bereits das ältere Recht das Princip der freien Interpretation aufgestellt. L. 3 §. 3—5 D. de lib. 28. 2, l. 1 C. eod. 6. 28. Vgl. Francke S. 69 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 428 fg., Arndts RLex. III S. 899, Schmidt S. 53, Vangerow II §. 470 Anm. a. E..

bei einem Grade, so sind die Erbeseinsetzungen dieses[7] und aller folgenden Grade ungültig[8]. Die Zulässigkeit der Enterbung in wohlmeinender Absicht[9] ist durch die Novelle nicht aufgehoben worden.[10].

Die Verkürzung im Pflichttheil steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die Ausschließung von der Erbeseinsetzung; d. h. auch sie muß durch ausdrückliche Nennung eines der in der Novelle anerkannten Ausschließungsgründe gerechtfertigt werden[11].

§. 590.

Die einzelnen Ausschließungsgründe sind folgende[1].

---

[7] Das Präteritionsrecht erklärte den Grad, welchem gegenüber die Präterition vorlag, für ungültig auch ohne daß er an die Reihe gekommen war, so daß aus demselben nicht geerbt werden konnte, wenngleich der Präterirte vorher weggefallen war. L. 8 l. 14 pr. D. de lib. 28. 2, l. 3 §. 6 l. 4. 5 D. de iniusto 28. 3. Dieß fällt für das neueste Recht nach der hier gebilligten Ansicht von der Natur der nach Novelle 115 eintretenden Nichtigkeit weg, während die Vertheidiger der absoluten Ungültigkeit das Gegentheil annehmen müssen (vgl. §. 588 Note 8).

[8] So das Präteritionsrecht für den Fall des Erscheinens eines postumus und der Geltendmachung der bonorum possessio contra tabulas, während es bei anfänglicher Ungültigkeit eines vorhergehenden Grades den folgenden rief. L. 5 D. de iniusto 28. 3, l. 14 pr. D. de lib. 28. 2, l. 8 §. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4. Vgl. die vorhergehende Note und §. 588 Note 8.

[9] S. §. 583 Num. 2.

[10] So Arndts RLex. III S. 901, Mühlenbruch XXXVII S. 394 fg., Schmidt S. 169. A. M. Unterholzner Arch. f. civ. Pr. II S. 52 fg., theilweise Zimmern das. VIII S. 153 fg., s. auch Francke S. 439.

[11] Die Novelle sagt dieß nicht ausdrücklich; allein sie will offenbar, „daß ohne Angabe und Bewahrheitung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes ein Notherbe nicht nur von der Erbeseinsetzung nicht ausgeschlossen werde, sondern auch jedenfalls seinen ganzen Pflichttheil erhalte". Arndts S. 124. Andere (so Francke S. 340. 341, Schmidt S. 170) verlangen zwar einen gesetzlichen Enterbungsgrund, aber nicht ausdrückliche Nennung desselben.

[1] Glück VII S. 209 fg., v. Buchholtz jur. Abhandlungen S. 128 fg., §. 590. Mühlenbruch XXXVII S. 149 fg., Francke S. 404 fg., Arndts RLex. III S. 895 fg., Vangerow II §. 484 Anm. Nr. II, Sintenis III S. 603 fg. — Die Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen dürfen, sind in c. 3, die Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen, sind in c. 4 der Novelle enthalten. Eine analogische Ausdehnung der hier angegebenen Gründe ist im Princip nicht ausgeschlossen;

A. Gründe, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten ausschließen können[2].

1. Lebensnachstellung.
2. Thätlichkeiten.
3. Sonstige schwere Beleidigungen.
4. Peinliche Anklage, außer wegen Verbrechen gegen den Landesherrn und den Staat.
5. Falsche Denunciation, durch welche dem Ascendenten ein bedeutender Nachtheil erwachsen ist[3].
6. Unzucht mit der Ehefrau des Ascendenten[4].
7. Verhinderung an der Errichtung eines Testaments[5].
8. Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängniß befindlichen Ascendenten; jedoch gilt dieß nur für männliche Descendenten[6].
9. Vernachlässigung während einer Geisteskrankheit.
10. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft, vorausgesetzt daß der Descendent das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat.

---

doch wird man mit Vorsicht verfahren müssen, weil Justinian ausdrücklich erklärt, daß er die einzelnen Ausschließungsgründe deßwegen nenne, um die bestehende Rechtsungewißheit zu beseitigen (c. 3 pr.). Vgl. Glück VII S. 248 fg., Francke S. 412 fg., Arndts RLex. III S. 898, Vangerow II S. 287 fg., Schmidt S. 163 fg.; andererseits Mühlenbruch XXXVII S. 176 fg. Eine besondere hierher gehörige Frage ist, ob Vergehen gegen den einen Ascendenten oder Descendenten den andern zur Ausschließung berechtigen; s. darüber Mühlenbruch S. 171 fg., Arndts S. 897 fg., Vangerow S. 288, andererseits Schmidt S. 164.

[2] Außer den im Folgenden aufgezählten Gründen nennt die Novelle noch (§. 14) Irrglauben; dieser Grund ist heutzutage nicht mehr praktisch (I §. 55). Seuff Arch. XI. 166.

[3] Die Vulgata spricht zwar von einem delator im Allgemeinen; aber der bestimmtere Sinn dieses Wortes erhellt aus dem griechischen Urtext, welcher *συκοφάντης* (= calumniator) hat. Mühlenbruch S. 149 — 150. Die Novelle sagt ferner: „si delator contra parentes *filius* exstiterit", und deßwegen wollen einige diesen Ausschließungsgrund auf männliche Descendenten beschränken, Mühlenbruch S. 149; dagegen Arndts S. 896 Anm. 74.

[4] Die Novelle nennt auch hier nur den Sohn; außer der Ehefrau des Ascendenten aber auch dessen Concubine. Vgl. Mühlenbruch S. 147—149.

[5] Dieß erklärt bereits l. 23 C. de inoff. 3. 28 für eine „iusta causa offensae".

[6] Nach der ausdrücklichen Erklärung der Novelle (§. 8).

11. Gemeinschaft mit Giftmischern und mit Personen, die sich mit Zauberei abgeben, und Theilnahme an deren Treiben[7].
12. Schauspieler- und Gauklerleben gegen den Willen des Ascendenten[8].
13. Schlechter Lebenswandel der Tochter, Enkelin ꝛc. oder Heirath wider den Willen des Ascendenten; es müßte denn der Ascendent bis zu ihrem 25. Jahre keine Fürsorge für ihre Verheirathung getroffen haben[9].

B. Gründe, aus welchen Descendenten ihre Ascendenten ausschließen dürfen[10].

1. Lebensnachstellung.
2. Anklage wegen eines todeswürdigen Verbrechens, außer wegen Hochverraths[11].
3. Unzucht mit der Ehefrau des Descendenten[12].
4. Verhinderung an der Errichtung des Testamentes[13].
5. Versäumung des Loskaufs aus der Gefangenschaft.
6. Vernachlässigung in einer Geisteskrankheit.

---

[7] „Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur" (§. 4). Der griechische Text hat: „εἰ μετα φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται". Dieser Ausdruck hat den doppelten im Text bezeichneten Sinn. Mühlenbruch S. 144—146.

[8] „Si filius praeter voluntatem parentum arenariis vel mimis se sociaverit" (§. 10). Der griechische Text hat: „μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μίμων". Vgl. Arndts S. 896 Anm. 78. S. auch l. 11 C. de inoff. 3. 28.

[9] Dieser Ausschließungsgrund ist im Gesetze (§. 11) sehr schlecht ausgedrückt. Vgl Francke S. 407 fg., Mühlenbruch S. 153 fg., Vangerow S. 286.

[10] Auch hier bezeichnet die Novelle als ferneren Ausschließungsgrund Irrglauben, vgl. Note 2.

[11] Nov. 115 c. 4 §. 1.: „Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint (εἰ οἱ γονεῖς εἰς ἀναίρεσιν ζωῆς τοὺς ἰδίους παῖδας παραδοῖεν)". Vgl. Mühlenbruch XXXVII S. 167 fg.

[12] Andere beschränken diesen Ausschließungsgrund auf die Frau des Sohnes, oder gar des Haussohnes. Vgl. Mühlenbruch S. 168, Arndts S. 897 Anm. 82, Vangerow S. 287. Die Novelle nennt auch hier (vgl. Note 4) die Concubine mit.

[13] Auch in Beziehung auf diesen Fall werden die gleichen Beschränkungen behauptet, wie in Beziehung auf den vorigen. Vgl. Mühlenbruch S. 169, Arndts S. 897 Anm. 23.

7. Giftmischerei gegen den eigenen Ehegatten, um demselben das Leben oder den Verstand zu nehmen[14]. —

Die Ausschließungsgründe verlieren ihre Kraft durch Verzeihung des Verletzten, und nicht bloß wenn die Verzeihung vor Errichtung des Testamentes[15], sondern auch wenn sie später erfolgt[16].

§. 591.

Wenn Descendenten und Ascendenten in nicht gehöriger Weise von der Erbeseinsetzung ausgeschlossen sind, so sollen nach der Vorschrift der Novelle die im Testament enthaltenen Erbeseinsetzungen ungültig sein[1]. Ueber die Natur dieser Ungültigkeit ist seit der Zeit der Glossatoren gestritten worden, und wird noch gestritten[2]. Eine Meinung erklärt dieselbe für Nichtigkeit (s. g. Nullitätssystem)[3], eine andere für Anfechtbarkeit nach den Grundsätzen der querela inofficiosi testamenti (s. g. Inofficiositätssystem)[4], eine dritte Meinung unterscheidet: bei Nichtanführung eines Ausschließungsgrundes soll Nichtigkeit, bei Anführung eines unwahren Ausschließungsgrundes Anfechtbarkeit eintreten (s. g.

---

[14] Muß der verfolgte Ehegatte Ascendent des Enterbenden sein? Vgl. Mühlenbruch S. 170, Arndts S. 897 Num. 24.

[15] Eine verziehene Schuld ist keine Schuld mehr. S. auch l. 11 §. 1 l. 17 §. 6 D. de iniur. 47. 10. So die Mehrzahl der Schriftsteller. A. M vereinzelt Schmidt S. 66; s. auch Glück VII S. 217 fg.

[16] Es ist für diesen Fall nicht weniger wahr, daß eine verziehene Schuld keine Schuld ist. Francke S. 415, Arndts RLex. III S. 899—900, s. auch Glück VII S. 219 fg.; a. M. Mühlenbruch XXXVII S. 185 fg., Vangerow II S. 288, Sintenis §. 197 Anm. 22. Seuff. Arch. V. 34.

§. 591. [1] S. §. 587 Note 5.

[2] Vgl. die (übrigens theilweise sich auf die im folgenden §. erörterte Frage mit beziehenden) Uebersichten bei Glück VII S. 335 fg, Bluntschli S. 267 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 298 fg., Francke S. 367 fg., Arndts S. 106 fg., Vangerow II 485 Anm.

[3] S. Note 6 fg.

[4] Dieses System, welches, wie übrigens auch die beiden andern Systeme, sich bereits in der Glosse vertreten findet, ist unter den Aelteren namentlich von Cujacius und Donellus vertheidigt worden, und wird unter den Neueren vertheidigt namentlich von Glück VII S. 335 fg., Unterholzner Verjährungslehre II §. 170, Elvers Themis N. F. I S. 236 fg., Mayer §. 104, Köppen System S. 160 fg. und Grundriß S. 78 fg., Brinz S. 744 fg. Seuff. Arch. XIV. 244, XX. 147.

gemischtes System)[5]. Die Vertheidiger der Nichtigkeit sodann sind unter sich wieder in wesentlichen Punkten uneins. a) Die Einen lehren, die Erbeseinsetzungen, denen ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe gegenüberstehe, seien schlechthin nichtig, auch wenn der Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr lebe[6]. b) Nach einer andern Meinung sollen die Erbeseinsetzungen nicht von Anfang an nichtig sein, sondern dadurch nichtig werden, daß zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht gehörig ausgeschlossener Notherbe vorhanden ist[7]. c) Eine dritte Meinung geht noch weiter und läßt die Erbeseinsetzungen erst dadurch nichtig werden, daß der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandene Notherbe erklärt, von seinem Notherbenrechte Gebrauch machen zu wollen, läßt aber dann, wie die beiden vorgedachten Meinungen, reine Intestaterbfolge eintreten[8]. d) Nach einer vierten Meinung endlich soll durch diese Erklärung des Notherben Intestaterbfolge nur zu Gunsten der ungehörig ausgeschlossenen Notherben eintreten[9].

Von diesen verschiedenen Systemen und Meinungen hat am Wenigsten für sich das gemischte System[10]. Für das Nullitätssystem in seiner bei a) gedachten reinen Gestalt spricht höchstens

---

[5] Dieses System, lange Zeit in der Praxis als das herrschende anerkannt (vgl. Mayer §. 104 Note 8), wird unter den Neueren nur noch von Puchta §. 493 und Vorll. dazu vertreten.

[6] So unter den Neueren Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 203 fg., Vering S. 421 fg., Schmidt S. 174 fg., Vangerow II §. 485, Sintenis III §. 198. Auch Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 197 fg. gehört hierher, will jedoch bei späterem Wegfall des Notherben auf dem Wege der b. p. secundum tabulas helfen.

[7] So Mühlenbruch XXXVII S. 245 fg. 256 fg.; theilweise Tewes §. 139.

[8] So Bluntschli S. 234 fg., Francke S. 382 fg., Arndts S. 106 fg., Seuff. Arch. III. 85.

[9] So Puchta §. 493 für den oben bezeichneten Fall. — Für die Nullität ohne nähere Bezeichnung Seuff. Arch. XVII 71.

[10] Die Novelle sagt in c. 3: „Si autem *haec* observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed . .“, in c. 4: „Si autem *haec omnia* non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed . .“. Von einer Unterscheidung zwischen den verschiedenen Punkten der für die Enterbung gegebenen Vorschriften ist keine Spur vorhanden.

der Wortlaut der Novelle[11]. Verläßt man eine buchstäbliche Auslegung derselben, so wird man durch die verschiedenen Abstufungen des Nullitätssystems hindurch bis zur letzten gedrängt[12].

[11] Höchstens. Man beruft sich auf den Ausdruck: „nullam vim (μηδεμίαν δύναμιν) huiusmodi testamentum ... habere" (c. 4 §. 9). Aber diesem Ausdruck stehen gegenüber die Ausdrücke: „rescisso testamento (ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης)", c. 4 §. 9 — „testamento evacuato (τῆς διαθήκης ἀκορουμένης)", c. 3 §. 14, und wenn nicht geleugnet werden soll, daß diese letzteren Ausdrücke auch von einer Aufhebung durch das Gesetz verstanden werden können, so ist es doch ebenso unbestreitbar, daß der erstgedachte Ausdruck nicht nothwendig auf Nichtigkeit im Gegensatz zur Anfechtbarkeit gedeutet zu werden braucht. Vgl. I §. 82 Note 2. Man beruft sich ferner darauf, daß Justinian in c. 3 §. 14 und c. 4 §. 9 als Folge der nicht gehörigen Ausschließung der Notherben einfach den Eintritt der Intestaterbfolge bezeichne. Aber Justinian leitet in c. 3. §. 14 diese Verfügung durch die Worte ein: „nullum exheredatis liberis praeiudicium generari": und dennoch soll seine Meinung sein, die Intestaterbfolge solle auch dann eintreten, wenn von einer Benachtheiligung der enterbten Kinder gar keine Rede mehr sein kann, vielleicht nur ein ganz entfernter Verwandter, an welchen der Erblasser nie gedacht hat, vorhanden ist? Diesem Argumente gegenüber, welches von der Gegenseite offenbar unterschätzt wird, scheint mir auch die Berufung auf die Analogie des pr. I. de exh. lib. 2. 13 (vgl. Gai. II. 123) nicht aufkommen zu können, auch abgesehen davon, daß es wenigstens zweifelhaft ist (vgl. Arndts S. 93 fg., Vangerow II. §. 473 Anm. No. 2), ob das ältere Recht hier nicht der Nichtigkeit des Testaments b. p. secundum tabulas gegenüberstellte, und unzweifelhaft, daß es dieß im Fall der Präterition eines postumus that, welcher Fall doch von der Bestimmung der Novelle ebenfalls umschlossen wird.

[12] Der Grundgedanke des Gesetzes ist, daß die Erbeseinsetzungen den ungehörig ausgeschlossenen Notherben nicht zum Schaden gereichen sollen, und wenn daraus geschlossen wird, daß sie aufrecht erhalten bleiben, falls die Notherben vor dem Tode des Testators wieder wegfallen (Note 11), so will nicht einleuchten, warum die Erbeseinsetzungen nicht auch dann aufrechterhalten bleiben sollen, wenn die Notherben den ihnen zugefügten Schaden nicht aufnehmen wollen; und noch weniger leuchtet ein, warum, wenn die Notherben ihn aufnehmen wollen, neben ihnen andere Intestaterben eintreten sollen, denen durch die Erbeseinsetzungen des Testamentes kein Unrecht zugefügt worden ist (gehörig ausgeschlossene Notherben, Intestaterben ohne Notherbenrecht). So kommt man denn freilich zu dem Resultat, daß in Folge der Verletzung der Vorschriften der Novelle nicht in allen Fällen reine Intestaterbfolge eintritt, wie doch die Novelle vorschreibt: aber ist denn die Annahme so sehr schwierig, daß Justinian nur an den gewöhnlichen Fall gedacht habe, wo außer den ungehörig ausgeschlossenen Notherben andere Intestaterben nicht vorhanden sind? Und jedenfalls scheint mir eben nicht möglich, auf der bezeichneten abschüssigen Ebene festen Fuß zu gewinnen: ich meine, wenn man nicht auch den letzten Schritt thun will, so wird man über die absolute Nullität nicht hinausgehen dürfen.

welche sich mit dem Inofficiositätssystem ganz nahe berührt[13]. Ob auch der Uebergang zu diesem letzteren System gemacht werden soll, kann fraglich erscheinen. Entscheidend aber für die Bejahung dieser Frage ist die Erwägung, daß Justinian die Ausschließung von der Erbeseinsetzung der Auschließung vom Pflichttheil gleichstellt, sie wie diese für eine Kränkung erklärt, welche nicht zugefügt werden dürfe, wenn der Ausgeschlossene sie nicht verdient habe[14].

---

[13] Schon die Meinung bei c behauptet Nichtigkeit nur dem Namen nach, in der Wirklichkeit Anfechtbarkeit, Anfechtbarkeit durch die bloße Willenserklärung des Verletzten. Vgl. I §. 82 bei Nr. I und Arndts S. 114 Note 155. In der That sagt denn auch Puchta a. a. O. geradezu, die Ungültigkeit, welche er lehre, sei „keine Nullität, sondern Rescissibilität". Bei dieser vierten Meinung (unter d) kommt nur hinzu, daß sie dieselben Personen beruft, welche auch nach dem Recht der querela inofficiosi testamenti eintreten würden.

[14] Bei den Gegnern des Inofficiositätssystems spielt eine Hauptrolle das Argument, daß die Novelle in der Nothwendigkeit der Erbeseinsetzung eine Form vorschreibe, Verletzung einer Formvorschrift aber nur Nichtigkeit zur Folge haben könne. Ich muß gestehen, daß dieses Argument mir schwer verständlich ist. Die von der Novelle vorgeschriebene Erbeseinsetzung ist eine Form, insofern die Quote der Erbeseinsetzung gleichgültig ist; aber mehr als eine Form doch schon deßwegen, weil die Erbeseinsetzung nicht ganz ohne Inhalt sein kann, vor Allem aber deßwegen, weil sie nach Justinian's Auffassung eine Ehrerweisung für den Eingesetzten, ihre Unterlassung eine Kränkung desselben ist. Und diese Kränkung stellt, wie gesagt, Justinian dem, was bis dahin allein als Kränkung des Notherben galt, Verletzung im Pflichttheil, ganz gleich: er dehnt den Begriff der Kränkung des Notherben aus. Er sagt, er wolle die Frage neu ordnen, unter welcher Voraussetzung eine Kränkung des Notherben erlaubt sei; das Recht, welches in dieser Beziehung bisher gegolten habe, sei unsicher und ungenügend. Das bis dahin geltende Recht aber bezog sich auf die Ausschließung vom Pflichttheil, das neue bezieht sich auf die Ausschließung von der Erbeseinsetzung: tritt darin nicht schlagend hervor, daß für Justinian's Auffassung die eine und die andere Ausschließung in einen und denselben Begriff zusammen geht? Und doch soll seine Meinung gewesen sein, daß für diesen festgehaltenen Begriff das alte Recht ganz beseitigt sein solle? Daß Justinian das alte Recht ganz habe beseitigen wollen, ist um so weniger anzunehmen, als die Nov. 115 noch eine ganze Reihe anderer Bestimmungen enthält (§. 587 Note 1); hätte Justinian ein neues Grundgesetz für die Notherbenfolge der Descendenten und Ascendenten geben wollen, so würde er das kaum in der Form eines Mischgesetzes gethan haben. — Uebrigens mag hier zum Schlusse noch bemerkt werden, daß in dieser Materie keine Meinung aufgestellt werden kann, welche sich sagen dürfte, daß sie zwingende und jeden Widerspruch ausschließende Gründe für sich habe. Eine jede wird sich gefallen lassen müssen, daß die Erwägungen, auf welchen sie beruht, von anderer Seite nicht in der

Das Resultat ist demnach, daß Justinian in der Novelle 115 nur eine neue Ordnung der querela inofficiosi testamenti hat geben wollen, und daß also das Recht derselben fortdauert, so weit es nicht ausdrücklich beseitigt ist. — Beseitigt aber ist es, abgesehen von den Voraussetzungen einer zulässigen Ausschließung (§. 589. 590), nur in der einen Beziehung, daß mit den Erbeseinsetzungen nicht auch der übrige Inhalt des Testaments wegfallen soll[15]. Hiervon muß jedoch eine Ausnahme gemacht werden in Betreff der Vermächtnisse zu Gunsten des anfechtenden Notherben selbst; es ist nicht anzunehmen, daß Justinian bei dieser Abänderung des bestehenden Rechts an Andere gedacht habe, als Fremde[16]. Daß die Vermächtnisse und sonstigen Verfügungen des Testaments nicht aufrecht erhalten werden, wenn das Testament aus andern Gründen hinfällig ist als durch den Angriff des Notherben, versteht sich von selbst[17].

§. 592.

Eine fernere sehr bestrittene Frage ist, in welchem Verhält-

Weise gewürdigt werden, was sie selbst glaubt thun zu müssen. Und so ist hier auf Einigung der Meinungen auch kein Anfang von Aussicht.

[15] §. 587 Note 6. Dahin gehört auch die Pupillarsubstitution, vgl. l. 34 §. 2 D. de vulg. 28. 6. Mühlenbruch XXXVII S. 286 fg., Arndts S. 152. Enterbungen: wenn man der Ansicht ist, daß sie auch bei der querela inofficiosi testamenti aufrecht erhalten werden (§. 584 Anm. 24). Arndts S. 152, Vangerow §. 485 Anm. z. A. und die Citate daselbst.

[16] Vgl. auch l. 5 §. 2 D. de leg praest. 37. 5. Doch ist auch dieser Punkt sehr bestritten. Für die im Text aufgestellte Ansicht: Bluntschli S. 263 fg., Francke S. 389; dagegen Mühlenbruch XXXVII S. 284 fg., Arndts S. 153, Schmidt S. 180 fg., Vangerow §. 485 Anm. a. A., Sintenis §. 199 Anm. 2.

[17] Vgl. l. 3 §. 7 D. de leg. praest. 37. 5. „Ea autem sola legata praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit". Daher braucht der Notherbe die Vermächtnisse namentlich dann nicht zu leisten, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser oder vor dem Antritt der Erbschaft stirbt, vgl. l. 10 §. 1 D. de leg. praest. 37. 5. Anders wenn der eingesetzte Erbe bloß deßwegen ausschlägt, weil er weiß, daß der Notherbe ihm die Erbschaft nehmen wird; denn in diesem Fall ist der eigentliche Grund, weßwegen er nicht Erbe wird, immerhin die Verletzung des Notherbenrechts, vgl. l. 4 § 12. 13 D. eod. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke S. 390 fg, Mühlenbruch S. 295 fg., Arndts S. 151, Schmidt S. 171 fg.

nisse die Novelle 115 zum alten Präteritionsrecht stehe[1]. Von Manchen wird behauptet, daß dieses Recht neben der Novelle in Betreff der Personen, auf welche es sich bezog, fortbestehe[2], entweder nur in Betreff der Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung[3], oder auch in Betreff der Wirkungen einer ungültigen[4]. Diese Meinung[5] ist aber nicht zu billigen[6]. Es ist

---

[1] S. die Literaturangaben bei Mayer S. 268 fg., Bluntschli S. 267 fg., Francke S. 355 fg., Mühlenbruch XXXVII S. 289 fg. §. 592.

[2] Man hat für diese Meinung die Bezeichnungen: Correctionssystem, Additionalsystem, Enterbungssystem aufgestellt, für die entgegengesetzte die Bezeichnungen: Ausschließungssystem, Derogationssystem, Reformsystem.

[3] Die Punkte, um welche es sich hier im Einzelnen handelt, sind folgende. Fehlerhaft ist nach dem Präteritionsrecht eine Enterbung, welche gemacht ist: a) nicht namentlich (§. 576 Note 9, §. 577 Note 9); b) unter einer Bedingung, l. 3 §. 1 D. de lib. 28. 2, l. 18 pr. D. de B. P. c. t. 37. 4, c) neben einer auf den Tod des Notherben gestellten Einsetzung (post mortem filii), l. 13 §. 2 l. 29 §. 10 D. de lib. 28. 2, l. 4 §. 2 D. de her. inst. 28. 5; d) auf den Fall, daß der Eingesetzte Erbe werden sollte (post aditam hereditatem), l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 3 §. 2 D. de lib. 28. 2; e) ex certa re, l. 19 D. de lib. 28. 3. Was das Erforderniß der Enterbung ab omni gradu angeht, s. §. 589 Note 6. Vgl. Francke S. 59 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 391 fg., Arndts III S. 890 fg., Schmidt S. 46 fg.

[4] Hier kommt in Betracht: a) die Art der Ungültigkeit und die Mittel ihrer Geltendmachung (Nichtigkeit, bonorum possessio contra tabulas); b) die Tragweite der Ungültigkeit in Beziehung auf die übrigen Verfügungen des Testaments (vollständige Nichtigkeit nach Civilrecht, Aufrechterhaltung gewisser Verfügungen bei der bonorum possessio contra tabulas). Vgl. Vangerow §. 486 a. E., Schmidt S. 190 fg. Ferner kommt c) in Betracht, daß nach Civil- wie prätorischem Recht die bedingte Erbeseinsetzung (besser: die in derselben liegende Präterition für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung) das Testament ungültig macht, während nach dem Rechte der Nov. 115 die bedingte Erbeseinsetzung, wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht, durch Streichung der Bedingung verbessert wird. Vgl. §. 588 Note 4—6.

[5] Die Meinung, daß das ältere Recht fortbestehe sowohl in Betreff der Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung, als in Betreff der Wirkungen einer ungültigen, vertreten unter den Aelteren namentlich Cujacius (s. außerdem die bei Mayer I §. 101 Note 5. 7 Genannten), unter den Neueren namentlich Mayer a. a. O., Vering S. 424 fg., Vangerow II §. 486 Anm. Nr. III, Schmidt S. 182 fg. (welcher sich aber für die Praxis über die Vorschriften des ältern Rechts glaubt hinwegsetzen zu dürfen; hiergegen gewiß mit Recht Vangerow a. a. O.). S. auch Seuff. Arch. XVIII. 263. Daß zwar für die Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung das alte

nicht glaublich, daß Justinian stillschweigend angenommen habe, eine gültige Enterbung müsse außer den von ihm vorgeschriebenen Eigenschaften auch noch die Eigenschaften des bis dahin geltenden Rechts haben. Denn die Enterbung der Novelle 115 ist ein Ding ganz anderer Art, als die Enterbung des früheren Rechts, diese ein nach freier Willkühr zu gebrauchendes Recht des Erblassers, jene eine Strafe, welche nur aus bestimmten Gründen verhängt werden darf[7].

Recht seine Kraft behalten habe, dagegen die Wirkungen einer ungültigen lediglich nach der Nov. 115 zu bestimmen seien, ist die Meinung von Mühlenbruch XXXVII S. 192 fg. 298 fg. — Vereinzelt ist sogar behauptet worden, daß die Vorschriften des älteren Rechts durch die Novelle auf alle Descendenten sowie auf die Ascendenten ausgedehnt worden seien; so Heumann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII S. 246 fg., Puchta §. 493. e.

[6] So auch die Basiliken und die Glosse, unter den Neueren namentlich Bluntschli S. 245 fg., Francke S. 357 fg. 397 fg., Arndts S. 116 fg., Köppen System S. 162 fg. und Grundriß S. 81 fg., Tewes §. 138, Brinz S. 743 fg., Sintenis §. 195 Anm. 1.

[7] Von der andern Seite wird geltend gemacht, Justinian habe das frühere Recht nicht aufgehoben, und eben deßwegen dauere seine Kraft fort. Das ist denn doch ein Argument von sehr zweifelhaftem Werth. Denn kann man nicht mit gleichem Rechte sagen, Justinian habe das frühere Recht eben dadurch aufgehoben, daß er es nicht bestätigt habe? Denn er beginnt ja damit, den Ascendenten ein Recht zu nehmen, welches sie bis dahin gehabt hatten („Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri suum filiuum vel filiam . . praeterire aut exheredes in suo facere testamento"), und gibt es ihnen dann wieder unter gewissen Voraussetzungen („nisi forsan probabuntur ingrati etc."). Ich sage nicht, daß diese letztere Auslegung nothwendig ist; aber zulässig ist sie gewiß eben so sehr als die der Gegner. Und für sie spricht der im Text angegebene Grund, daß in der That, was auch Niemand leugnet, die Enterbung des neueren Rechts von der des früheren qualitativ verschieden ist. Die Enterbung des früheren Rechts ist eine Willkührmaßregel des Erblassers, und es begreift sich, daß für sie der Grundsatz: exheredationes non esse adiuvandas (l. 19 D. de lib. 28. 2) sich geltend gemacht hat, aus dem die einzelnen in Note 3 genannten Vorschriften geflossen sind. Die Enterbung des neueren Rechts ist, wie eine Lieblosigkeit, wenn sie ohne Grund gemacht ist, so, wenn begründet, eine gerechte Strafe. Sodann bedenke man auch, wie wenig wahrscheinlich es ist, daß Justinian den neuen legislatorischen Gedanken, welchen er einführt: in Folge materiell ungerechtfertigter Ausschließung von der Erbeseinsetzung Beseitigung der wirklich gemachten Erbeseinsetzungen bei Aufrechterhaltung der übrigen Verfügungen des Testaments, nicht habe durchführen wollen für Fälle, in denen doch auch eine materiell ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbeseinsetzung vorliegt, oder daß es seine Meinung

D. Recht der armen Wittwe und des geschlechtsunreifen Arrogirten.

§. 593.

Der Anspruch, welcher der armen Wittwe und dem geschlechtsunreifen Arrogirten auf einen Theil des Nachlasses des Ehemannes bez. des arrogirenden Vaters zusteht (§. 574), kommt zur Geltung nicht bloß gegenüber der Intestaterbfolge, sondern auch gegenüber einem diesen Anspruch nicht berücksichtigenden letzten Willen[1], ohne jedoch in diesem letzteren Fall seine Natur[2] zu ändern; er enthält in diesem Fall in gleicher Weise eine Belastung der eingesetzten, wie sonst der Intestaterben[3]. Das dem Arrogirten als Kind zustehende Recht, im Falle ungehöriger Ausschließung das Testament umzustoßen[4], besteht übrigens neben diesem Anspruch unge-

---

gewesen sei, es solle eine weiter gehende Ungültigkeit des Testaments eintreten in Fällen, in welchen nicht einmal eine materiell ungerechtfertigte Ausschließung von der Erbeseinsetzung vorliegt. Ueber und gegen ein ferneres Argument welches Francke S. 362 fg. 341 fg. aus l. 30 pr. C. de inoff. 3. 28 (*vv.* „vel alio modo subvertendis") herleitet (vgl. auch Köppen Grundr. S. 68), s. Mühlenbruch XXXVII S. 103 fg., Fuhr Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 9, Arndts S. 103 fg., Schmidt S. 154 Note 5, Vangerow S. 297 fg. — Uebrigens ist hier zu wiederholen, was §. 591 Note 14 gesagt worden ist: zu zwingender Kraft wird sich auch hier keine der streitenden Ansichten jemals zu erheben vermögen, und so ist auch dieser Controverse, wenn sie nicht durch Gesetzgebung beseitigt wird, ein ewiges Leben beschieden.

[1] S. a) Nov. 53 c. 6. „Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, complebitur". Von dem Fall, wo der Mann der Frau gar nichts hinterlassen hat, spricht das Gesetz nicht; aber es versteht sich von selbst, daß vollständige Ausschließung nicht zulässig sein kann, wo theilweise unerlaubt ist. Vgl. außer den § 574 Note 2 Genannten noch Francke S. 481 fg. b) Was den Arrogirten angeht, s. die §. 574 Note 11 citirten Stellen. Francke S. 470 fg., Arndts S. 161 fg., Köppen System S. 133 fg. Grundriß §. 89, Vangerow I §. 252 Anm., Sintenis III S. 108 fg. §. 593.

[2] Die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses.

[3] Vgl. l. 8 §. 15 D. de inoff. 5. 2: — „quartam ei quasi aes alienum concedendam"; l. 1 §. 21 D. de coll. 37. 6: — „et magis est, ut ad heredem transferat (sc. actionem), quia personalis actio est". Vgl. zu dieser letzten Stelle Francke S. 478 fg.

[4] Der Anspruch, welcher dem geschlechtsunreifen Arrogirten als solchem zusteht, kann ihm auch wegen schlechten Benehmens nicht entzogen werden. §. 3 I. de adopt. 1. 11: — „si decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa emancipaverit"; bei der Enterbung ist hier von

schmälert fort[5]. — Beeinträchtigungen dieses Anspruches durch Zuwendungen unter Lebenden können den Erben gegenüber angefochten werden von der armen Wittwe unbedingt[6], von dem geschlechtsunreifen Arrogirten im Falle böswilliger Verkürzung[7].

iusta causa nicht die Rede. A. M. Francke S. 474 fg.; dagegen Arndts S. 162, Vangerow S. 469.

[5] Man hat das Gegentheil behauptet wegen l. 8 §. 15 D. de inoff. 5. 2. Aber obgleich es nicht gerechtfertigt ist, die Entscheidung dieser Stelle auf den Fall der Emancipation zu beschränken, von welchem Fall sie zunächst spricht: so erklärt sich diese Entscheidung doch vollkommen daraus, daß zur Zeit, wo die Stelle geschrieben wurde, der Pflichttheil nicht Mehr betrug, als das was dem Arrogirten gebührte, also durch den Anspruch desselben gedeckt war (vgl. §. 581 Note 8 a. E). Dieß ist anders geworden seit der Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18, und von einer Ergänzung der Quart des Arrogirten bis zur Höhe des Pflichttheils kann keine Rede sein, da die Quart nicht auf einer Zuwendung des Erblassers beruht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten und Auffassungen Francke S. 474 fg., Köppen Grundriß §. 89 a. E.; Arndts S. 161 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 2, Sintenis a. a. O. Anm. 45. — Gegen die Meinung, daß durch Nov. 18 c. 1 mit dem Pflichttheil der Kinder auch die Quart des Arrogirten erhöht worden sei, s. den Schluß des citirten c. 1: — „hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio *de inofficioso* lege decreta est“.

[6] Die herrschende Meinung gewährt ihr die querela inofficiosae donationis. Francke S. 503, Mühlenbruch XXXVI S. 55. 56; vgl. Arndts S. 163. 164.

[7] L. 13 D. si quid in fr. patr. 38. 5: — „si quid . . in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est“. Die genannten Klagen sind eingeführt worden zum Schutz des Pflichttheilsanspruchs, welcher dem Patron gegen den Freigelassenen zustand, die Faviana (Fabiana) für den Fall, wo der Freigelassene testatus, die Calvisiana für den Fall, wo er intestatus starb. Ueber das Erforderniß der bösen Absicht (dolus, fraus) s. l. 1 pr. §. 1. 4 l. 3 §. 3 l. 4 pr. tit. cit., l. 1 §. 3. 4. 12. 27 eod. Dolus des Erwerbers ist nicht erforderlich, l. 1 §. 4. 12 tit. cit. Deßwegen haften die Erben unbedingt, l. 1 §. 26 eod.; auch die Verjährung ist die gewöhnliche. Vgl. über die bezeichneten Klagen überhaupt Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor S. 93 fg.

Drittes Kapitel.

Von dem Erwerbe der Erbschaft*.

Uebersicht des Folgenden.

§. 594.

Der Erwerb der Erbschaft ist begrifflich von der Berufung zur Erbschaft immer verschieden[1]; zeitlich fallen Erwerb und Berufung nicht immer auseinander. Regelmäßig allerdings; regelmäßig bedarf es zum Erwerbe der Erbschaft einer besonderen Willenserklärung des Berufenen (§. 596 fg.)[2]. Aber ausnahmsweise gibt es Personen, welche ohne eine solche Willenserklärung sofort mit der Berufung die Erbschaft auch erworben haben (§. 595). —

Das Recht die Erbschaft zu erwerben ist im Princip ein persönliches Recht des Berufenen. Aber dieses Princip ist im römischen Recht nicht undurchbrochen geblieben; in einer Reihe von Fällen gestattet das römische Recht aus der Berufung des Einen den Erwerb der Erbschaft einem Andern (§. 600 fg.). —

Welches ist der eigentliche Gegenstand des Erwerbes? Eine besondere Eröterung macht hierbei der Fall nöthig, wo mehrere Erben berufen sind (Lehre vom Anwachsungsrecht). Darüber §. 602 fg.

I. Erwerb durch die Berufung selbst*.

§. 595.

Die Personen, welche die Erbschaft durch die Berufung selbst

---

* Inst. 2. 19 de heredum qualitate et differentia. Dig. 29. 2 de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. 6. 30 de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 6. 31 de repudianda vel abstinenda hereditate. §. 594.

[1] A. M. Köppen System S. 253; wie mir scheint, ohne Grund. Warum soll l. 151 D. de V. S. 50. 16 (§. 530 Note 2) gepreßt werden? Sie geht auf den gewöhnlichen Fall. Daß der Ausdruck delata hereditas vom suus heres ebenfalls gebraucht wird, leugnet auch Köppen nicht.

[2] Dieß gilt in gleicher Weise auch für den Vertragserben, welcher ja durch den Erbvertrag nicht die Erbschaft erhält, sondern nur die Berufung zur Erbschaft. Beseler Erbverträge II. 1 S. 270 fg., Hartmann Erbverträge S. 61. [Seuff. Arch. XXII 248.]

* Mühlenbruch Forts. von Glück XLII S. 289—396. Arndts RLex. IV S. 7. 8. Vering S. 478 fg. §. 595.

(natürlich Wirksamkeit derselben vorausgesetzt) ohne Weiteres erwerben[1], sind die Descendenten des Erblassers, welche zur Zeit des Todes desselben in seiner Gewalt gestanden haben[2]. Dieß gilt ebenso wohl für die testamentarische, wie für die Intestatberufung[3]. Die bezeichneten Personen brauchen aber die Erbschaft, wenn sie dieselbe nicht haben wollen, nicht zu behalten; sie können sich derselben entschlagen[4]. Eines besonderen Erwerbes dieses Entschlagungsrechtes bedarf es nicht; es steht den Descen-

---

[1] Die römische Bezeichnung für diese Personen ist: necessarii heredes. Diese Bezeichnung geht nur auf die eine der Seiten, welche das Verhältniß dieser Personen darbietet: allerdings sind sie Erben gegen ihren Willen, aber ebenso wahr ist es, daß sie Erben sind ohne ihren Willen (daß sie eine Erbschaft, welche sie haben möchten, erworben haben ohne irgendwelche von ihnen ausgehende Thätigkeit).

[2] Als necessarii heredes werden in den Quellen (außer dem eingesetzten Sclaven) die sui heredes bezeichnet. Pr. §. 1. 2 I h. t., §. 2 I. de her. quae ab int. 3. 1, l. 14 D. de suis 38. 16. Genau ist dieß nicht (s. über den Begriff der sui heredes §. 576 Note 1 fg.); denn auch derjenige Descendent ist necessarius heres, welcher zur Zeit des Anfalls der Erbschaft zwar nicht unmittelbar in der Gewalt des Erblassers gestanden hat, dessen vorstehender Ascendent aber gültig ausgeschlossen ist, l. 6 §. 5. 6 D. h. t., l. 13 D. de bon. lib. 38. 2. Vgl. hierzu v. Löhr Arch. f. civ. Pr. II S. 198 fg., Mühlenbruch XXXVI S. 140 fg., Arndts S. 7. 8. — Vgl. l. 11 D. de lib. 28. 2. „In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo heredes existimantur . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur . .". Gai. II. 157, §. 2 I. h. t. [Brinz S. 1172 fg.] Ueber eine Ausdehnung des nothwendigen Erwerbes bei der Pupillarsubstitution s. §. 559 Note 20.

[3] Vgl. noch l. 3 C. h. t. (6. 30). — Der Erblasser kann aber dem eingesetzten Descendenten in der Gewalt die Qualität eines necessarius heres dadurch nehmen, daß er ihn unter der Bedingung des Wollens einsetzt, l. 86 D. de her. inst. 28. 5, l. 12 D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 D. de cond. 35. 1, l. 11 D. h. t.

[4] §. 2 I. h. t.: — „sed his praetor permittit volentibus abstinere se hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona . . a creditoribus possideantur". Das römische Recht hat also in seiner späteren Entwickelung gerade diejenige Seite des necessarius heres fallen lassen, von welcher seine Bezeichnung hergenommen ist. — Literatur des ius (beneficium) abstinendi: Witte RLex. I S. 856 fg. (1839), Mühlenbruch XLII S. 325 fg. (1841); s. auch Laspeyres Arch. f. civ. Pr. XXI S. 99 fg., Schmidt (von Ilmenau) civil.

denten in der Gewalt an und für sich zu[5]. Macht ein Descendent von diesem Recht Gebrauch, so wird er rechtlich behandelt, als wenn er gar nicht Erbe geworden wäre[6], zu seinem Vortheil[7] wie zu seinem Nachtheil[8]. Auch das fernere Schicksal der Erbschaft wird in gleicher Weise bestimmt, als wenn er nicht Erbe geworden wäre[9]; nur das Anwachsungsrecht erleidet die Modi-

---

Abhandlungen S. 63 fg., Mühlenbruch XLIII S. 123 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 84 fg. Sintenis III §. 202.

[5] L. 12 D. h. t.: „Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati". L. 1 C. si minor ab her. 3. 39. Ebensowenig wie das Entschlagungsrecht durch eine bestimmte Thätigkeit erworben zu werden braucht, ist seine Ausübung an eine gesetzliche Frist gebunden. Vgl. überhaupt Strippelmann Entscheidungen ꝛc. V S. 352 fg. Seuff. Arch. III. 77, XIII. 268 Nr. 2. Das Entschlagungsrecht bringt also den necessarius heres materiell in die Lage eines voluntarius heres, l. 89 D. de leg. I° 30, und so kann auch er, wie dieser, durch den Richter angehalten werden, sich binnen einer bestimmten Frist über Annahme oder Ausschließung zu erklären, l. 7 pr. l. 8 D. de iure del. 18 8, l. 19 C. eod. 6. 30.

[6] Er hat nur noch „nudum nomen heredis", l. 2 §. 8 D. ad SC. Tert. 38. 17, vgl. l. 6 §. 2 D. de bon. lib. 38. 2. L. 20 §. 4 D. h. t.: — „cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure praetorio, quod emancipatus consequitur, qui hereditatem repudiavit . .". L. 12 pr. D. de interr. 11. 1: — „hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco". L. 89 D. de leg. I° 30.

[7] Daher haben namentlich die Erbschaftsgläubiger keinen Anspruch gegen ihn, und Schutz gegen diese bei überschuldeter Erbschaft ist der treibende Gedanke des ganzen Instituts. S. §. 2 I. h. t. (Note 4) und l. 57 pr. D. h. t.: — „ut quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem" L. 42 pr. l. 89 eod., l. 1 C. de rep. vel abst. her. 6. 31. Ebenso fällt weg der Anspruch der Vermächtnißnehmer, l. 12 D. de vulg. 28. 6, l. 1 §. 4 D. ut in poss. leg. 36. 4. Freiheit von der Collationsverbindlichkeit: l. 8. 9 D. de dot. coll. 37. 7. Wiederherstellung von Rechten, welche durch das Erbewerden verloren gegangen sind: l. 87 §. 1 D. h. t., l. 52. §. 1 D. de A. E. V. 19. 1.

[8] So wenig die Erbschaftsansprüche gegen ihn zustehen, so wenig stehen sie ihm zu. L. 99 D. h. t. Ebenso werden die Rechte wiederhergestellt, von welchen er durch sein Erbewerden befreit worden ist, wofür sich zufälligerweise keine Beweisstelle findet. Was er nicht als Erbe hat, behält er, l. 6 pr. D. de rel. 11. 7, l. 9 pr. D. de iure patron. 37. 14, l. 17 §. 22 D. de iniur. 47. 10. S. noch l. 87—89 D. de leg. I° 30.

[9] Die Erbschaft fällt: a) an den Substituten, l. 44 D. de re iud. 42. 1; b) an den Intestaterben bez. den folgenden Intestaterben, l. 1 §. 7 D. si quis omissa causa test. 29. 4; l. 6 C. de leg. her. 6. 58, l. 6 §. 2 D. de bon.

fication, daß der Miterbe, wenn er den anwachsenden Erbtheil nicht nehmen will, auch auf den seinigen noch nachträglich verzichten kann[10]. Auch in anderen Beziehungen macht es sich praktisch geltend, daß der Entschlagungserbe doch Mehr ist, als ein einfacher Nichterbe[11]. So werden namentlich die Verfügungen, welche er über die Erbschaft in gutem Glauben getroffen hat, aufrecht erhalten[12]; ebenso bleibt aufrecht die Pupillarsubstitution auch wenn er der einzige eingesetzte Erbe ist[13].

Das Entschlagungsrecht geht auf die Erben des Entschlagungserben über[14]. Verloren wird es durch eigennützige Besei-

---

lib. 38. 2, l. 2 §. 8. 10 D. ad SC. Tert. 38. 17. A. M. in Betreff des folgenden Intestaterben (an seine Stelle soll der Fiscus treten) Viele wegen l. 2 D. de succ. ed. 38. 9, namentlich Witte S. 867 fg.; s. dagegen Mühlenbruch S. 369 fg. — In diesen Zusammenhang gehört auch l. 17 D. de iniusto 28. 3. „Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur".

[10] L. 55. 56 D. h. t. Vgl auch l. 79 D. ad SC. Treb. 36. 1. Dieses Recht fällt aber weg, wenn der Miterbe angetreten hatte, da er von der Entschlagung wußte oder wissen mußte. Ueber die Schlußworte der l. 55 cit. vgl. Mühlenbruch S. 366 Note 84, Schmidt S. 79 fg., Vangerow II §. 494 Anm. Nr. 7. a.

[11] Vgl. l. 30 §. 10 D. de fideic. lib. 40. 5: — „non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se".

[12] L. 44 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5; l. 90 D. de solut. 46. 3; l. 44 D. de re iud. 42. 1. Ueber l. 6 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 und l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8 s. §. 463 Note 31.

[13] L. 2 §. 1 l. 12 D. de vulg. 28. 6, l. 41 l. 42 pr. D. h. t., l. 28 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Ueber den Widerspruch zwischen l. 42 und l. 28 citt. s. §. 559 Note 25. — Ebenso wurden nach römischem Recht die Freilassungen aufrecht erhalten. L. 32 D. de manum. test. 40. 4, l. 22 §. 2 l. 30 §. 9. 10 D. de fideic. lib. 40. 5 [Nicht aber auch Vermächtnisse s. §. 641 Note 2.] — S. noch l. 27 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[14] L. 7 §. 1 D. h. t., vgl. auch l. 19 init. C. de iure del. 6. 30. In der genannten Pandektenstelle ist von dem Fall die Rede, wo der Erbe des Entschlagungserben wieder suus heres ist, und daher behaupten Manche, daß nur ein solcher Erbe das Entschlagungsrecht in Betreff der dem Erblasser anerfallenen Erbschaft habe. So Marezoll Zeitschr. f. Civ. und Pr. II S. 85 fg., Witte S. 860, Huschke a. a. O. S. 84 fg., Wieding die Transmission Justinian's S. 15 fg. 39 (welcher Letztere dem suus heres des suus

tigung von Erbschaftssachen[15]; ferner durch jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Erbschaft haben zu wollen[16]. Andererseits kann die Entschlagungserklärung selbst wieder zurückgenommen werden, jedoch nicht, wenn die Erbschaft bereits von den Gläubigern verkauft worden ist, und nur drei Jahre lang[17].

II. Erwerb durch Willenserklärung*.

A. Erfordernisse derselben.

1. Anwendung allgemeiner Grundsätze.

§. 596.

Die Erklärung des Berufenen, die Erbschaft haben zu wollen,

---

ein Entschlagungsrecht aus eigener Person zuschreibt); dagegen Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 158 fg., Mühlenbruch XLII S. 350 fg., Sintenis III §. 202 Anm. 15. In der genannten Pandektenstelle wird ferner angenommen, daß der Entschlagungserbe gestorben sei, ohne von dem Anfall der Erbschaft erfahren zu haben: soll nicht wenigstens damit eine Beschränkung des Ueberganges des Entschlagungsrechts bezeichnet sein? Dagegen sprechen die Schlußworte: „quia et patri eius idem tribueretur". Sie deuten an, daß der Gedankenzusammenhang in der Stelle dieser sei: hätte der Vater von dem Anfall der Erbschaft gewußt, so würde er das ihm zustehende Entschlagungsrecht selbst geltend gemacht haben; das ihm zustehende Recht soll auch seinen Erben gestattet sein. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 345 fg., Sintenis a. a. O.

[15] L. 71 §. 3—9 D. h. t.

[16] Wie bei dem freiwilligen Erben von pro herede gerere, so wird hier von se immiscere hereditati gesprochen; der Begriff ist derselbe. §. 5 I. h. t., l. 87 pr. l. 20 §. 4. D. h. t., vgl. auch l. 91 D. h. t. Geschlechtsunreifen schadet die Einmischung nicht, l. 11. 57 pr. D. h. t.; Minderjährige bedürfen der Restitution, §. 5 I. h. t., l. 7 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 57 §. 1 D. h. t. — Den Beweis der Einmischung müssen diejenigen führen, welche dieselbe behaupten. Sie können sich nicht darauf berufen, daß der Gegner doch an und für sich Erbe sei; weil das Entschlagungsrecht an keine Form und Frist gebunden ist (Note 5). Vgl. Mühlenbruch S. 392 fg., Strippelmann Entscheidungen ꝛc. V S. 383 fg. Seuff. Arch. III. 78, VI. 230, XV. 36.

[17] L. 12 pr. D. de interrog. 11. 1, l. 8 D. de iure del. 28. 8, l. 6 C. de repud. vel abstin. her. 6. 31. Minderjährigen laufen die drei Jahre erst von dem Ende der Restitutionsfrist an, l. 6 C. cit.

* Mühlenbruch XLII S. 396 fg. Arndts RLex. IV S. 8—17. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 125 fg. und System S. 331 fg. Mayer §. 596.

bedarf zu ihrem rechtlichen Bestande keiner Annahme; sie ist eine einseitige Willenserklärung[1]. Die gewöhnliche Bezeichnung für sie ist: Antretung, Antritt der Erbschaft[1a]. Die Erfordernisse ihrer Gültigkeit bestimmen sich zunächst nach den für Willenserklärungen überhaupt geltenden Grundsätzen, über deren Anwendung hier Folgendes zu bemerken ist.

1. Der Erbschaftsantritt Unerwachsener ist ohne die Mitwirkung bez. Zustimmung ihres Vormundes nichtig nicht nur wenn sie geschlechtsunreif[2], sondern auch wenn sie bloß minderjährig[3] sind. Des Anspruchs auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gehen Unerwachsene durch die Unterstützung ihres Vormundes hier so wenig wie sonst verlustig. Verschwender bedürfen der Zustimmung ihres Vormundes nicht[4]. — Daß der Berufene unter väterlicher Gewalt steht, ist nach neuestem Rechte für ihn

---

§. 116—120. Vering S. 483 fg. Köppen handelt von dem Erwerb und der Ausschlagung der Erbschaft unter dem Gesichtspunkt der „Ausübung des Erbrechts" (vgl. §. 536 Note 3).

[1] Seuff. Arch. III. 75.

[1a] Dieser Ausdruck ist eine unmittelbare Wiedergabe des quellenmäßigen Ausdruckes: aditio hereditatis.

[2] L. 8 pr. l. 9 D. h. t., l. 9 §. 3 D. de auct. 26. 8, l. 17 §. 1 D. de appell. 49. 1, l. 5 C. h. t. (6. 30); l. 7 §. 1 D. de B. P. 37. 1, l. 7 C. qui admitti 6. 9. L. 9 §. 3 D. cit. „Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum". Also: es kommt nicht darauf an ob im gegebenen Fall die Erbschaft Schaden bringt; sondern entscheidend ist, daß sie Schaden bringen kann.

[3] L. 26 C. de adm. tut. 5. 37. Gegen diese Stelle kann l. 12 C. h. t., welche einen ganz anderen Gesichtspunkt verfolgt, nicht aufkommen. Es liegt hier also eine Ausnahme von der Regel vor, vgl. I §. 71 Note 8. Mühlenbruch S. 439 fg., Köppen S. 409. A. M. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 420 fg., Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 286; vermittelnd Arndts S. 12.

[4] L. 5 §. 1 D. h. t. „Eum, cui lege bonis interdicitur, institutum posse adire hereditatem constat". Die Eigenschaft, wegen deren Verschwender interdicirt werden, bietet gerade bei der Entscheidung über Antritt oder Nichtantritt einer Erbschaft geringere Gefahr dar. A. M. mit Aelteren Mühlenbruch S. 432, welcher glaubt, daß die genannte Stelle nur den Gegensatz des Verschwenders gegen den Wahnsinnigen betonen wolle; ferner Arndts S. 12, Köppen S. 410. Wie hier, Sintenis §. 183 Anm. 11 a. E. — Daß Wahnsinnige und Kinder bei ihrer vollständigen Handlungsunfähigkeit zum Erbschaftsantritt unfähig sind, versteht sich von selbst. L. 9. 63 D. h. t.

kein Hinderniß selbständigen Erbschaftserwerbes mehr[5]. Ist der unter väterlicher Gewalt Stehende noch minderjährig, so ist der Mangel des väterlichen Consenses nicht Nichtigkeits-, sondern nur Anfechtungsgrund[5a].

2. Einer Form bedarf die Antretung der Erbschaft nicht[6]. Deßwegen braucht die Erklärung des Annahmewillens auch nicht ausdrücklich zu geschehen; die Erbschaft ist gehörig angetreten, wenn ein Verhalten des Berufenen vorliegt, aus welchem mit Sicherheit auf den Annahmewillen geschlossen werden kann[7]. — Was das römische Recht Besonderes über die Form des Erwerbes der prätorischen Erbschaft enthält, ist wenn nicht schon im Justi-

---

[5] So schon nach älterem Recht in Betreff der castrensis hereditas, l. 5 D. de castr. pec. 49. 17. In Betreff jeder andern Erbschaft mußte sich nach älterem Rechte der Wille des Hauskindes mit dem Willen des Gewalthabers verbinden. Gai. II. 87, l. 6 pr. §. 1—3 D. h. t., l. 4 C. h. t. Justinian bestimmte aber in l. 8 pr. §. 3 C. de bon. quae lib. 6. 61, daß weder die Weigerung des Gewalthabers dem Hauskinde, noch umgekehrt die Weigerung des Hauskindes dem Gewalthaber den Erbschaftsantritt unmöglich machen solle. Vgl. Arndts S. 12 fg., Köppen S. 392 fg.

[5a] L. 8 §. 1 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61.

[6] — „extraneus heres . . potest . . nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri", §. 7 I. h. t. L. 6 C. h. t.: — „sola animi destinatione". Vgl. l. 95 D. h. t. — Anders im älteren Recht bei der Einsetzung cum cretione. Gai. II. 164—166, Ulp. XXII. 24. 27. 28. Aber dieses Recht war bereits vor Justinian außer Gebrauch gekommen, l. 17 C. h. t. (aus l. 8 C. Th. de mat. bon. 8. 18).

[7] Pro herede gestio, eine besondere Art der hereditatis aditio. Doch wird auch die pro herede gestio der hereditatis aditio als dem ausdrücklichen Erbschaftsantritt entgegengesetzt, §. 7 I. h. t., l. 25 §. 7 l. 69 D. h. t., l. 19 l. 22 §. 14 C. h. t. Nach einem noch andern Sprachgebrauch bezeichnet pro herede gestio den Gegensatz gegen die cretio, die förmliche Antrittserklärung des älteren Rechts, so daß unter die pro herede gestio außer dem stillschweigenden auch der ausdrückliche formlose Erbschaftsantritt fällt. Vgl. z. B. Gai. III. 187, Ulp. XXII. 25, §. 7 I. h. t. (*vv.* pro herede autem gerere quis videtur *cett.*), auch l. 12 C. h. t. Mayer §. 118 Note 19, Arndts S. 9 Note 59, Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 76 fg. Ueber die Sache s. §. 7 I. h. t., l. 20 l. 21 pr. §. 1 l. 24 l. 86 §. 2 l. 87 pr. D. h. t.; l. 62 D. h. t., l. 13 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 4 pr. l. 14 §. 8 D. de rel. 11. 7. Vgl. Strippelmann Entscheidungen ɀc. V S. 359 fg. Seuff. Arch. III. 76, XVII 69; IX. 312, XI. 161 [XIII. 268]; XX. 74.

nianischen Recht[8], so doch im heutigen Recht außer Geltung gekommen[9].

3. [10]Die Erbschaft kann auch durch einen Bevollmächtigten angetreten werden[11]; jedoch ist Specialvollmacht erforderlich[12].

---

[8] An die Stelle der alten petitio bonorum possessionis vor dem competenten Magistrat (s. noch l. 9 C. qui admitti 6. 9) hat Constantius im Jahre 339 eine Erklärung vor irgend einer gerichtlichen Behörde gesetzt, l. 9 C. qui admitti 6. 9, vgl. l. 7 §. 3 C. de cur. fur. 5. 70, §. ult. I. de B. P. 3. 9. Daß auch das Erforderniß der Gerichtlichkeit der Erklärung später weggefallen sei, sucht Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 126 fg. 257 fg. nachzuweisen; dagegen Schirmer §. 7 Note 48. 50.

[9] So namentlich Leist II. 2 S. 349 fg. besonders S. 413 fg., welchem folgen: Schirmer S. 103 fg, Köppen S. 282 fg. 334 Note 9, Sintenis III §. 193 Anm. 1, Arndts §. 508 Anm. 1. Anders freilich noch Seuff. Arch. IX. 313.

[10] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch S. 400 fg., Arndts S. 16. 17, Leist die Bonorum possessio II. 2 S. 309 fg., Köppen S. 385 fg. Allenfalls noch Northoff Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 1 fg.

[11] Bereits das römische Recht hat anerkannt, daß der Berufene durch einen Bevollmächtigten nicht nur in der Erklärung vertreten werden könne (l. 65 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1: „absentes per nuntium"), sondern, jedenfalls was die bonorum possessio angeht, auch im Willen. L. 48 D. h. t. „Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem, et . . ille petit . . acquisita est ei bonorum possessio". L. 3 §. 7 D. de B. P. 37. I. „Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet quum ratum habuero id quod actum est". L. 15. 16 eod. Ob das Gleiche auch für die hereditatis aditio gegolten habe, ist bestritten; dagegen Mühlenbruch a. a. O.; dafür Leist S. 325 fg., Köppen S. 386 Note 8, Sintenis §. 183 Anm. 28. Nicht dawider spricht l. 90 pr. D. h. t., wo kein Grund vorhanden ist, die Lesart der Florentina „per curatorem" zu verlassen, oder das Wort curator anders als in seinem gewöhnlichen Sinne zu verstehen; nicht auch, was nie hätte verkannt werden sollen, l. 54 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Dagegen geht allerdings aus l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 hervor, daß hereditatis aditio im Namen eines Andern mit nachfolgender Genehmigung für unzulässig galt. Von der anderen Seite war doch wieder anerkannt, daß in der Erbittung der bonorum possessio auch eine pro herede gestio liege, l. 12 C. h. t.; und s. auch l. 4 C. h. t. Jedenfalls wäre es bei der principiellen Anerkennung, welche das heutige Recht im Gegensatz zum römischen der Stellvertretung im Willen hat zu Theil werden lassen (I §. 73), sehr ungerechtfertigt, wenn man heutzutage nicht einen jeden Erbschaftserwerb durch einen Bevollmächtigten zulassen wollte. S. auch Arndts §. 508 Anm. 2. Seuff. Arch. XI. 161. XV. 232, XXI. 243. — Nicht richtig ist es,

Was die Vertretung handlungsunfähiger Personen angeht, so hat das römische Recht anerkannt, daß für eine juristische Person deren verfassungsmäßige Vertreter[13], für ein Kind unter sieben Jahren sein väterlicher Ascendent (ohne Rücksicht auf Gewalt)[14] und sein Vormund[15], für einen Wahnsinnigen sein Gewalthaber[15a] die Erbschaft erwerben können; dagegen hat das römische Recht dem Vormund eines dem Kindesalter entwachsenen Geschlechtsunreifen nur den Erwerb der prätorischen, nicht der civilen Erbschaft[16],

---

zu sagen, wie Mühlenbruch S. 409 thut,, daß in der Ertheilung des Auftrages eine pro herede gestio liege. Leist S. 326 fg., Arndts §. 508 Anm. 2, Köppen S. 388.

[12] L. 25 §. 5 D. h. t. „Sed utrum generaliter: *quaecunque tibi hereditas fuerit delata*, an specialiter? Et magis placet, ut G. Cassius scribit, specialiter debere mandare". Allerdings ist in dieser Stelle nicht von dem Auftrage, die Erbschaft in fremdem Namen anzutreten, die Rede, sondern von dem Auftrage, welchen ein Gewalthaber seinem Gewaltunterworfenen zum Antritt einer diesem anerfallenen Erbschaft ertheilt. Aber auch jener Auftrag ist doch (nach dem Rechte der Zeit, zu welcher die Stelle geschrieben wurde) Mehr als Consens zu einer fremden Handlung, da die Vollziehung derselben den Gewalthaber unmittelbar zum Erben macht. Gai. II. 87, l. 79 D. h. t., s. auch l. 6 §. 3 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 25 §. 4 D. h. t. S. noch l. 1 §. 2 D. de off. proc. Caes. 1. 19 („et hoc est *praecipuum* in procuratore Caesaris"). Strippelmann Entscheidungen ꝛc. V S. 358, Köppen S. 387. — Nicht aber braucht die Specialvollmacht auch einen eigenen Entschluß des Berufenen zu enthalten; sie kann die Entscheidung über Antritt oder Nichtantritt dem Bevollmächtigten überlassen. L. 48 D. h. t. (Note 11), l. 25 §. 9. 10. D. h. t. Noch weiter geht das Erk. des OT. zu Berlin bei Seuff. Arch. XXI. 243.

[13] L. 3 §. 4 D. de B. P. 37. 1, l. 6 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 1 §. 1 D. de lib. univ. 38. 3.

[14] L. 18 pr. §. 3 C. h. t. Vgl. §. 601 Note 3. Früheres Recht: l. 7 §. 1 D. de B. P. 37. 1, l. 1 D. de B. P. fur. 37. 3, l. 3 C. qui admitti 6. 9.

[15] L. 18 §. 2 C. h. t. Früheres Recht: l. 65 §. 3 i. f. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 11 D. de auct. 26. 8, l. 7 §. 1 l. 8. 11 D. de B. P. 37. 1, l. 2 §. 13 D. ad. SC. Tert. 38. 17, l. 3 C. qui admitti 6. 9.

[15a] L. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70.

[16] Für den dem Kindesalter entwachsenen Pupillen bestätigt l. 18 §. 4 C. h. t. das frühere Recht, und s. einerseits l. 5 C. h. t. („Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere"), andererseits l. 7 §. 1 l. 8. 11 D. de B. P. 37. 1, l. 11 D. de auct. 26. 8 und l. 7 C. qui admitti 6. 9. Diese letzteren Stellen nur von einem pupillus infans, oder nur von einem provi-

dem Vormund eines geschlechtsreifen Minderjährigen auch nicht den Erwerb der prätorischen Erbschaft[17], dem Vormund eines Wahnsinnigen nur den provisorischen Erwerb der Erbschaft bis zur Wiedergenesung des Wahnsinnigen[18] gestattet. Für das heutige Recht darf die Vertretungsbefugniß, welche das römische Recht dem Vormund eines Geschlechtsunreifen in Betreff der prätorischen Erbschaft einräumt, auf die Erbschaft überhaupt erstreckt werden[18a]; im Uebrigen ist es bedenklich, über die Bestimmungen des römischen Rechts hinauszugehen, da dieselben viel weniger auf einer Abneigung gegen die Stellvertretung überhaupt, welche ja hier im Princip als zulässig anerkannt ist, als auf einer Abneigung gegen die Anerkennung eines Erbschaftsantrittes ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen beruhen, also auf einem Grunde, welcher von der eigenthümlichen Natur gerade dieser besonderen Rechtshandlung hergenommen ist[19].

---

sorischen Erwerb der bonorum possessio zu verstehen (vgl. Leist S. 313 fg., Köppen S. 406 fg.), halte ich für willkührlich.

[17] In Betreff der civilen Erbschaft s. l. 90 pr. D. h. t.: — „per curatorem hereditatem acquiri non posse".

[18] L. 7 §. 3. 7. 8 C. de cur. fur. 5. 70. Aus dem früheren Rechte: l. 48 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 2 §. 11. 13 D. ad SC. Tert. 38. 17, l. 1 D. de B. P. fur. 37. 3; l. 11 D. de auct. 26. 8, l. 65 §. 3 i. f. D. ad SC. Treb. 36. 1.

[18a] Da das römische Recht in der Erbittung der bonorum possessio eine pro herede gestio sieht (l. 12 C. h. t.), so hat es die Möglichkeit des Erwerbes der hereditas durch den tutor jedenfalls im Princip anerkannt. Vgl. Note 11.

[19] Vgl. §. 597 Note 4. 5. 10 und Text dazu. — Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff dieses Punktes bemerke man Folgendes. 1) Eine sehr verbreitete Meinung dehnt die Vertretungsbefugniß, welche das römische Recht dem tutor impuberis zugesteht, auf den Altersvormund überhaupt aus. Cropp in Heise und Cropp jur. Abhandlungen II S. 167. 168, Kraut Vormundschaft II S. 215, Leist S. 315. 323, Köppen S. 410, Sintenis III §. 183 Anm. 10 a. E., Arndts §. 508 Anm. 3, s. auch Mühlenbruch S. 442. 443. Seuff. Arch. VII. 69, IX. 311, XIII. 100, XV. 233, [XXIII. 42]. Diese Meinung wird darauf gestützt, daß nach heutigem Recht ein Unterschied zwischen dem tutor impuberis und dem curator minoris nicht mehr bestehe. Aber dieser Grund vermag sie nicht zu rechtfertigen. Denn der Unterschied zwischen tutor und curator kommt hier überhaupt nicht in Betracht; sondern die römische Auffassung ist offenbar die, daß eine Erbschaftsantretung ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen nur da soll zugelassen werden, wo eine solche Willensbestimmung unmöglich ist, und wenn das römische Recht diese Be-

4. Zwang zur Erbschaftsantretung begründet außer dem Entschädigungsanspruch gegen den Zwingenden auch einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[20], Betrug lediglich einen Entschädigungsanspruch gegen den Betrüger[21].

2. Besondere Vorschriften.

§. 597.

1. Die Erbschaft kann nicht im Voraus, vor der Berufung (dem Anfall), angetreten werden[1]. Dieß erleidet nur insofern eine

---

schränkung, wie die Möglichkeit des Erwerbes der bonorum possessio durch den tutor impuberis zeigt, nicht unbedingt durchgeführt hat, so beweist auf der andern Seite das Beispiel des Wahnsinnigen, daß ebensowenig jene Concession zur unbedingten Durchführung gelangt ist. 2) Die gleiche Befugniß, wie dem Vormund, wird auch dem Vater bis zur Großjährigkeit des Kindes eingeräumt. Köppen S. 403. Seuff. Arch. VII. 197. 3) An der Bestimmung des römischen Rechts, daß der Vormund eines Wahnsinnigen für denselben die Erbschaft nicht definitiv erwerben könne, halten Doctrin und Praxis fest. Cropp a. a. O. S. 173, Mühlenbruch S. 460, Leist S. 321. Seuff. Arch. VI. 307, VII. 69, XV. 233. [Vgl. das. XVII 62. 67.] Doch glaubt Köppen S. 422, daß dieß inconsequent sei; er möchte den curator furiosi dem curator minoris gleichstellen, wie diesen dem tutor impuberis. Die abweichende Ansicht Vangerow's Arch. f. civ. Pr. XXX. 1 bezieht sich auf einen mehr formalen Punkt; Vangerow nimmt nämlich an, daß der Vormund für den Wahnsinnigen zwar definitiv erwerbe, daß dieser Erwerb sich aber wieder auflöse, wenn der Wahnsinnige vor der Genesung sterbe. Dagegen Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. 5, v. Löhr das. IV. 7, Leist S. 320 fg. Arch. f. prakt. RW. III S. 459 fg. 4) Daß die einem Verschollenen anerfallene Erbschaft durch seinen Curator (den nächsten Erben) erworben werden könne, ist früher in Deutschland vielfach behauptet worden, unter der Nachwirkung des alten deutschen Princips, nach welchem die Erbschaft ohne alle Antretung erworben wurde (Bruns Jahrb. d. gem. R. I S. 173), und wird von Einzelnen noch gegenwärtig behauptet, hauptsächlich auf Grund des Satzes von der gleichen Stellung der Vormünder, so von Kraut Vormundschaft II S. 262 fg., Bruns a. a. O. S. 197, s. auch Köppen S. 444. Seuff. Arch. III. 346. Dagegen Cropp a. a. O. S. 168 fg., Mühlenbruch S. 462 fg., Sintenis III S. 492, Northoff Arch. f. pr. RW. N. F. II. 1. Seuff. Arch. III. 185. V, 31, IX, 49, XV. 200 a. E., [XXIII. 42.]

[20] L. 21. §. 5 D. quod metus c. 4. 2, l. 85 D h. t. L. 6 §. 7 D. h. t. ist von einem simulirten Erbschaftsantritt zu verstehen. Vgl. I §. 80 Note 2.

[21] L. 40 D. de dolo 4. 3. Vgl. I §. 118 Note 6.

[1] L. 21 §. 2 l. 27 D. h. t., l. 13 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t. §. 597.

Ausnahme, als eine Erbschaftsantretung, welche vor Wegfall eines vorgehend Berufenen gemacht wird, hinterher, wenn mit dem Wegfall des Vorberufenen die Berufung zu Gunsten des Antretenden eintritt, nicht wiederholt zu werden braucht[2].

2. [3] Die Erbschaftsantretung ist ungültig, wenn der Antretende glaubt, daß sie unwirksam sei[4]; aber auch schon dann, wenn er an ihrer Wirksamkeit zweifelt[5]. Eine Ausnahme macht nur

---

[2] L. 9 C. qui admitti 6. 9. Da die Wiederholung der Erbschaftsantretung an und für sich keinerlei Schwierigkeit macht, so hat diese Bestimmung praktische Bedeutung nur für die Ausnahmefälle, wo aus besonderen Gründen eine solche Wiederholung unmöglich geworden ist, z. B. wegen eingetretenen Wahnsinns oder wegen Ablaufs der für die Antretung festgesetzten Frist. Von dem letzteren Fall spricht die citirte Stelle speciell, und in Folge davon allein von dem Erwerbe der bonorum possessio; um so weniger ist es gerechtfertigt, ihre Bestimmung auf die hereditatis aditio nicht ausdehnen zu wollen (Arndts §. 507 Anm. 2). Unrichtig dagegen ist es, auf Grund dieser Stelle schlechthin zu lehren, daß eine Erbschaft vor Wegfall des Vorberufenen erworben werden könne; daraus würde folgen, daß auch der vorher eingetretene Tod des Nachberufenen nicht schade.

[3] Vgl. zu dieser und der folgenden Nummer: Mühlenbruch XLII S. 415 fg., Köppen Syst. S. 353—384 und Jahrb. f. Dogm. V S. 141—170. VI S. 307—317, Northoff das. VI S. 190 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 85 fg.

[4] L. 32 pr. D. h. t. „Heres institutus, si putet testatorem vivere, quamvis iam defunctus sit, adire hereditatem non potest". Vgl. l. 17 pr. D. h. t. L. 21 D. de cond. 35. 1: — „condiciones . . quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse". L. 30 §. 1—3. 5 D. h. t. L. 16 D. h. t.: — „qui se putat necessarium, voluntarius exsistere non potest". Vgl. l. 15 D. h. t. Bei der Erbschaftsantretung gilt also der Grundsatz: „plus est in opinione quam in veritate" (l. 15 cit.), während in anderen Fällen nach dem umgekehrten Grundsatz verfahren wird. S. z. B. l. 4 §. 2 D. de manum. vind. 40. 2 (Freilassung eines Sclaven, welchen der freilassende Herr für einen fremden Sclaven hält), §. 11 I. de leg. 2. 20 (Vermächtniß einer Sache in gleichem Irrthum). Vgl. I §. 172 Note 9.

[5] Er zweifelt z. B. an dem erfolgten Tod des Erblassers, l. 19 (vgl. l. 13 §. 1) D. h. t., l. 4 C. de postl. 8, 51; an der Gültigkeit des Testamentes, in welchem er eingesetzt ist, l. 17 pr. l. 32 §. 2 l. 34 pr. D. h. t., l. 12 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 2 §. 3 D. unde leg. 38. 7, vgl. l. 46 D. h. t.; ob er unter einer Bedingung eingesetzt sei oder nicht, ob diejenige, unter welcher er eingesetzt ist, erfüllt sei oder nicht, l. 32 §. 1 D. h. t., l. 21 D. de cond. 35. 1, vgl. l. 34 §. 1 D. h. t. und über l. 21 §. 3 D. h. t. Note 7 a. E.; ob eine Frau, die, wenn sie ein Kind gebiert, ein ihn ausschließendes gebären

der Fall, wo der Antretende über seine Erwerbfähigkeit im Irrthum oder im Zweifel ist[6].

3. Die Erbschaftsantretung ist ungültig, wenn sie irrthümlich auf eine andere Berufung gerichtet ist, als diejenige, welche wirklich vorliegt[7]. Auch wenn sie nicht entschieden gerade auf diejenige Berufung gerichtet ist, welche vorliegt, ist sie nach strengem Recht ungültig[8], während nach einer milderen durch das prätorische Recht zur Geltung gebrachten Auffassung der Zweifel, ob diese oder jene Berufung vorliegt, Ungültigkeitsgrund für die Antretung nicht ist[9].

4. Die Erbschaftsantretung verträgt nicht die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Befristung[10], und nicht die Hinzufügung einer Theilbeschränkung[11]. Jedoch macht nur die Hinzu-

---

wird, schwanger sei oder nicht, vgl. l. 30 §. 1—3 D. h. t. Ebenso muß die Antretung für ungültig erachtet werden, wenn der Antretende zweifelt, ob er voluntarius oder necessarius heres ist (vgl. Note 4). — Stirbt aber der Berufene vor Beendigung seines Zweifels, so haben deßwegen seine Erben die Erbschaft nicht verloren. S. §. 600 Note 16. — Northoff a. a. O. nimmt das Moment des Wissens des Berufenen von der Berufung (und dem Berufungsgrunde, s. die folg. Num.) in den Begriff der „Delation" auf; „Delation" sei die Wissenschaft des Erben von seinem Erbrecht. Das bedarf keiner Wiederlegung. S. auch Arndts §. 507 Anm. 1.

[6] L. 34 pr. l. 96 D. h. t., l. 21 D. de cond. 35. 1.

[7] Z. B. der eingesetzte Intestaterbe hält sich für nicht eingesetzt, oder der nichteingesetzte für eingesetzt, l. 22 D. h. t. Vgl. l. 17 §. 1 D. h. t. Auch dann ist die Erbschaftsantretung ungültig, wenn sie irrthümlich auf einen Erbtheil gerichtet ist, auf welchen die Berufung nicht erfolgt ist. l. 75 D. h. t.; wogegen Ungewißheit über die Größe des Erbtheils, auf welchen der Antretende berufen ist, nicht schadet, l. 5 §. 1 D. si pars her. 5. 4, l. 21 §. 3 D. h. t. Vgl übrigens auch l. 93 pr. D. h. t. und Köppen S. 373 fg. (Jahrb. f. Dogm. S. 153 fg.). Ueber l. 21 §. 3 cit s. noch Mühlenbruch S. 422 fg., Köppen S. 363 Note 27, Vangerow §. 498 Anm. 1 a. E.

[8] §. 7 I. h. t., l. 51 pr. D. h. t., l. 93 pr. D. h. t.

[9] L. 84 D. h. t., l. 4 §. 3 l. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4. Köppen S. 397 fg. (Jahrb. S. 161 fg.).

[10] S. Note 12.

[11] L. 1 D. h. t. „Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest". Dieß gilt auch für den Fall, wo Jemand auf mehrere Erbtheile eingesetzt ist. L. 80 pr. D. h. t. „Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne". S. auch §. 1 eod., ferner l. 20 C. h. t. [Vgl. auch l. 38 pr. D. de leg. I°.]

fügung einer Bedingung oder Befristung die Erbschaftsantretung ungültig[12], während eine hinzugefügte Theilbeschränkung wirkungslos ist[13].

B. Frist der Erwerbserklärung.

§. 598.

Eine gesetzliche Frist für die Antretung der Erbschaft, durch deren Ablauf der Berufene des Rechts zum Erwerbe verlustig ginge, gibt es nicht; was das römische Recht in dieser Beziehung für den Erwerb der prätorischen Erbschaft bestimmt hat[1], ist ebenso wenig Bestandtheil des heutigen gemeinen Rechts geworden, wie es die Bestimmungen über die Form des Erwerbs der prätorischen Erbschaft geworden sind[2]. Dagegen kann

1. durch die Verfügung des Erblassers dem Berufenen das Recht zum Erwerbe der Erbschaft zeitlich in der Weise beschränkt werden, daß der Erblasser ihn unter der Bedingung des Antritts binnen einer bestimmten Frist einsetzt[3].

---

[12] L. 77 D. de R. I. 50. 17, l. 51 §. 2 D. h. t. S. I §. 95 Note 3, und außerdem Mühlenbruch XLII S. 470 fg., Köppen S. 345 fg.

[13] S. §. 602.

§. 598. [1] Descendenten und Ascendenten müssen die bonorum possessio binnen eines Jahres, andere Erben binnen hundert Tagen erwerben, §. 9 I. de B. P. 3. 9. Ueber die civile Erbschaft s. Gai. II. 167.

[2] S. die Citate §. 596 Note 9. Arndts §. 509 Anm. 1. — Auf l. 19 und l. 22 §. 1 C. h. t. ist früher vielfach die Meinung gestützt worden, daß eine gesetzliche Frist (von 12 bez. 3 Monaten) für die Erklärung des Berufenen von Justinian neu eingeführt worden sei, welche Frist aber nicht durchweg für eine Antretungs-, sondern theilweise auch für eine Ausschlagungsfrist erklärt wurde, s. z. B. Thibaut Versuche II. 7, Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 268 fg., v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 10, Muehlenbruch doctrina pandectarum ed. 3 §. 695 not. 10. 13 und deutsche Ausgabe §. 695 Note 10. Seit den Ausführungen von Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXII. 7 (1839) darf diese Meinung als beseitigt angesehen werden. Vgl. Mühlenbruch XLI S. 295 fg. und die Citate bei Vangerow Lehrb. II §. 499. (In l. 22 §. 1 cit. speciell ist nur der Gedanke ausgedrückt, daß der Berufene keines Inventars bedürfe, wenn er sich binnen 3 Monaten über Antritt oder Nichtantritt entscheide.) [Seuff. Arch. XXIII. 43.]

[3] L 72 D. h. t. Die besondere Ausbildung, welche das römische Recht einer Erbeseinsetzung dieser Art in dem Institute der cretio gegeben hat, ist in das Justinianische Recht nicht übergegangen. S. die Citate §. 596 Note 6.

2. Auch der Richter[4] kann dem Berufenen eine Antretungsfrist insofern setzen, als er befugt ist, auf Antrag der Gläubiger, der Vermächtnißnehmer, sowie der Nach- oder Mitberufenen, den Berufenen zu einer Erklärung über Annahme oder Ausschlagung anzuhalten, dieser aber die verlangte Erklärung nicht sofort, sondern nur binnen einer billigen ihm zu gewährenden Ueberlegungsfrist abzugeben braucht[5]. Justinian hat in Betreff dieser Ueberlegungsfrist vorgeschrieben, daß sie vom Richter nicht über neun Monate, vom Landesherrn nicht über ein Jahr erstreckt werden solle[6], zugleich aber hat er ihre Natur vollständig geändert, indem

---

[4] Vgl. zum Folgenden: Witte im RLex. I S. 887 fg. Mühlenbruch XLI S. 281 fg. Leist die Bonorum possessio II. 1 S. 319 fg. Sintenis III §. 184 Anm. 4. [Dedekind das Deliberationsrecht des Erben und die interrogationes in iure faciendae. Braunschweig 1870.]

[5] L. 9 C. h. t. — „Rector igitur provinciae aditus . . an heredes sint interrogare debebit, ac si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet". L. 5 (vgl. l. 2. 3. 6 pr.) D. de interrog. 11. 1. „Qui interrogatur, an heres . . sit . . ad deliberandum tempus impetrare debet". [Vgl. l. 1 §. 12 D. de succ. ed. 38. 9: — „interrogandi sunt in iure".] L. 1 §. 1 D. de iure del. 28. 8. „Ait praetor: Si tempus ad deliberandum petet, dabo". Gai II. 167: — „liberum est, quocunque tempore voluerit, adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bonas defuncti vendere". — Daß der Richter auch auf Antrag der Vermächtnißnehmer den Erben zur Erklärung anhalten könne, ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, und so wird es geleugnet von Brinz S. 814 fg.: aber s. dagegen Arndts §. 509 Anm. 3, [Dedekind S. 34 fg.] Auch für die Nachberufenen wird es bestritten von Brinz S. 815, Bruns Jahrb. d. gem. Rechts I S. 120 fg., [Dedekind S. 37 fg.] Aber wenn auch l. 69 D. h. t. nur auf die Gläubiger zu beziehen sein mag (vgl. l. 10 D. de iure del. 28 8), so bleibt doch übrig die für einen analogen Fall allgemein redende l. 23 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, welche aus §. 2 eod. („postulantibus creditoribus") zu erklären, willkührlich erscheint. Andere (so Puchta §. 498. c) wollen wenigstens andere Nachberufene, als Substituirte (von welchen l. 69 cit. allein redet), ausschließen; dagegen Leist a. a. O. II. 2 S. 461, Sintenis a. a. O. [Was den Mitberufenen angeht vgl. Dedekind S. 41 fg., Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock III S. 328 fg.]

[6] Vgl. l. 9 C. h. t. (Note 5): — „tempus . . moderatum". L. 1 §. 2 D. de iure del. 28. 8. „Cum dicit *tempus*, nec addicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat". L. 2 eod. „Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi". Die Justinianische Bestimmung in l. 22 §. 13 C. h. t. In der l. 22 cit. eröffnete Justi-

er sie nämlich aus einer Antretungs- zu einer Ausschlagungsfrist gemacht hat; wenn der Berufene binnen derselben unthätig bleibt, so soll er nicht das Recht, die Erbschaft zu erwerben, sondern das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, verloren haben[7].

3. Von ganz besonderer Art ist die Bestimmung[8], daß der eingesetzte Erbe, dem ein Notherbe, welcher das Testament anfechten will, gegenübersteht, sich binnen einer sechsmonatlichen bez. einjährigen Frist[9] über Annahme oder Ausschlagung erklären muß, und nach Ablauf dieser Frist vom Richter zur Erklärung angehalten werden kann. In diesem Falle ist das Präjudiz darauf zu stellen, daß der Berufene bei Nichterklärung als ablehnend werde angesehen werden[10].

---

nian dem Erben einen Weg, durch dessen Beschreitung er sicher sein könne, nie Mehr an Schulden bezahlen zu müssen, als er in der Erbschaft vorgefunden habe, die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses; deßwegen, meint Justinian, sei ihm eigentlich eine Ueberlegungsfrist überhaupt nicht mehr nöthig.

[7] L. 22 §. 14 C. h. t. Auch diese Bestimmung steht im Zusammenhang des Gedankens, daß der Berufene, wenn er kein Thor sei (Justinian drückt sich stark aus), einer Ueberlegungsfrist gar nicht mehr bedürfe. [Aelteres Recht: Gai II. 167, l. 69 D. de A. v. O. H. 29 2.] — Vielfach wird übrigens angenommen, daß diese Bestimmung in dem Falle nicht Platz greife, wo die Frist auf Antrag der Nachberufenen gestellt sei (s. die Citate bei Mühlenbruch S. 391 und Sintenis a. a. O.); in diesem Falle verliere umgekehrt der Berufene durch Unthätigkeit während der Frist, wie im früheren Recht, die Befugniß zum Erwerbe. Dagegen Mühlenbruch S. 391 fg. In der That muß es als willkührlich erscheinen, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, welche Justinian selbst nicht gemacht hat. Justinian gründet seine Vorschrift nicht auf den Anlaß, welcher den Berufenen bestimmt hat, sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, sondern auf die Thatsache, daß er sie erbeten hat, statt sich, wie er gekonnt hätte, sofort zu entscheiden. Gewiß steht für Justinian's Auffassung der Fall, wo die Gläubiger drängen, im Vordergrund: aber daß er an den Fall nachstehenber Berufenen doch auch gedacht hat, zeigt §. 14 i. f. („vel his qui ad hereditatem vocantur"). S. noch Unger §. 36 Anm. 14.

[8] L. 36 §. 2 C. de inoff. 3. 28.

[9] Je nach dem er und der Notherbe in derselben Provinz (demselben Obergerichtsbezirk) wohnen, oder nicht.

[10] Justinian spricht sich hierüber nicht aus. Aber die l. 36 §. 2 cit. ist früher, als die l. 22 C. h. t., wenn auch nur um wenig Wochen, und steht daher noch unter der Herrschaft des älteren Rechts. Doch sind die Meinungen über diesen Punkt sehr verschieden; s. die Citate §. 584 Note 12.

C. Ausschlagung der Erbschaft.

§. 599.

Die Ausschlagung der Erbschaft[1] ist eine einseitige Willenserklärung, wie die Antretung. Die Ausschlagung ist dem Berufenen nicht nöthig, wenn er nicht Erbe werden will, außer in dem Fall, wo er sich eine Ueberlegungsfrist hat geben lassen[2]. Abgesehen von diesem Fall ist vielmehr ihre rechtliche Bedeutung die, daß durch sie das Recht zum Erwerbe der Erbschaft verloren wird[3]. Für die Erfordernisse ihrer Gültigkeit gelten im Allgemeinen die gleichen Grundsätze, wie für die Erbschaftsantretung[3a]. Namentlich bedarf auch sie keiner Form[4]. Die Ausschlagung Unerwachsener ist nichtig ohne die Mitwirkung bez. Zustimmung ihrer Vormünder[5], und das Gleiche gilt hier auch für Verschwender[6]. Nicht nöthig ist die Zustimmung des Inhabers der väterlichen

---

[1] Hereditatem repudiare, recusare, praetermittere, omittere. In genauerem Sprachgebrauch bezeichnen die beiden letzten Ausdrücke nicht sowohl Ausschlagung als Nichterwerbung der Erbschaft, s. z. B. l. 24 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 1 §. 4 D. ut in poss. leg. 36. 4. §. 599.

[2] S. §. 598 Note 7.

[3] L. 4 C. de rep. vel abst. her. 6. 31. „Sicut maior viginti quinque annis, antequam adeat delatam repudians successionem post quaerere non potest, ita quaesitam renuntiando nihil agit". §. 7 I. h. t., l. 1 §. 6. 7 D. de succ. ed. 38. 9.

[3a] Vgl. l. 18 D. h. t. „Is potest repudiare, qui et acquirere potest". L. 4 eod. „Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire".

[4] L. 95 D. h. t. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis". §. 7 I. h. t.: — „nuda voluntate . . contraria destinatione". L. 6 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1: — „per epistolam". Stillschweigende Ausschlagung: l. 17 §. 1 l. 60 l. 77 D. h. t.

[5] L. 5 C. de rep. vel abst. her. 6. 31.

[6] In Betreff des Antritts mußte das Gegentheil behauptet werden wegen l. 5 §. 1 D. h. t., s. §. 596 Note 4. Die Bestimmung dieser Stelle auf die Ausschlagung zu übertragen, ist trotz des allgemeinen Grundsatzes in l. 18 D. h. t. (Note 3a) bedenklich — Bedürfen bevormundete Personen auch des Consenses der obervormundschaftichen Behörde? Dawider die herrschende Meinung, weil in der Ausschlagung der Erbschaft keine Veräußerung liege, vgl. Glück XXXIII S. 9, Rudorff Vormundschaft II S. 401. 410, Seuff. Arch XIII. 100 und oben II §. 441 Note 6; dafür Köppen S. 261. 410 auf Grund von l. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9. Seuff. Arch. XVIII. 148.

Gewalt[7]. Stellvertretung ist zulässig auf Grund einer Specialvollmacht[8], ebenso bei juristischen[9], nicht aber bei bevormundeten Personen[10]. Nichtig ist die Ausschlagung vor dem Anfall[11]; nichtig ist die Ausschlagung ferner, wenn der Ausschlagende nicht an ihre Wirksamkeit glaubt[12], oder ihre Wirksamkeit bezweifelt[13]; ebenso wenn sie auf eine andere Berufung gerichtet ist, als die wirklich vorliegende[14]. Endlich verträgt die Ausschlagung so wenig wie die Antretung den Zusatz einer Bedingung oder Befristung[15].

---

[7] Der Vater kann aber die vom Hauskinde ausgeschlagene Erbschaft für sich erwerben. L. 8 pr. §. 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Aelteres Recht: l. 13 §. 3 D. h. t., l. 11 C. h. t., und s. §. 596 Note 5. Ist der unter väterlicher Gewalt Stehende noch minderjährig, so ist auch hier der Mangel des väterlichen Consenses nicht Nichtigkeits-, sondern nur Anfechtungsgrund. L. 8 §. 1 i. f. cit.

[8] L. 1 §. 2 D. de succ. ed. 38. 9 und s. §. 596 Note 11. 12.

[9] L. 6 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1, vgl. §. 596 Note 13.

[10] Entscheidend ist hier l. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. Nach dieser Stelle kann der infans die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vater einfach als nicht geschehen betrachten „Licentiam damus ei, vel, si sui iuris efficiatur, tutoribus eius vel curatoribus, hereditatem adire, nullo praeiudicio ex recusatione paterna ei generando". Es wäre willkührlich, wenn man diesen Worten den Sinn geben wollte, daß der infans erst in integrum restitutio erbitten müsse. Die Uebertragung dieser Bestimmung auf den tutor infantis ist nach l. 18 pr. §. 2 C. h. t. unbedenklich. Um so weniger aber darf das Ausschlagungsrecht dem tutor impuberis gegeben werden, welcher ja den Mündel selbst kann handeln lassen. Der Vormund des geschlechtsreifen Minderjährigen hat auch das Erwerbrecht nicht (§. 596 Note 17). Das Gleiche gilt vom Vormund des Wahnsinnigen, und s. l. 7 C. de cur. fur. 5. 70. Das ältere Recht zeigt hier widerstreitende Bestimmungen. S. l. 11 D. de auct. 26. 8, l. 7 §. 2 D. de B. P. 37. 1; l. 8 eod., l. 1 D. de B. P. fur. 37. 3, l. 1 §. 5 D. de succ. ed. 38. 9.

[11] L. 13 pr. §. 2 D. h. t., l. 17 §. 1 eod., l. 94 eod.

[12] L. 15 D. h. t. „Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare".

[13] L. 23 D. h. t. „In repudianda hereditate . . certus esse debet de suo iure is qui repudiat". L. 13 §. 1 eod.

[14] L. 17 §. 1 D. h. t.: ein Insteſtaterbe, welcher zugleich eingesetzt ist, schlägt als Intestaterbe aus, nicht wissend, daß er eingesetzt ist, — „ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam (sc. hereditatem), quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata". — Es kann aber in der Ausschlagung der einen Berufung zugleich eine Ausschlagung der anderen liegen, so wenn ein eingesetzter Erbe die Einsetzung kennend als Intestaterbe ausschlägt, l. 17 §. 1 cit. (anders wenn er als Eingesetzter ausschlägt, l. 17 §. 1 cit. init.). Ebenso kann in dem Erwerbe

III. Erwerb durch einen Andern als den Berufenen*.

A. Durch den Erben des Berufenen.

§. 600.

Das Recht aus der Berufung ist ein höchst persönliches Recht, welches auf die Erben nicht übergeht[1]; hiervon gibt es aber Ausnahmen[2].

---

aus der einen Berufung eine Ausschlagung der andern liegen, l. 77 D. h. t., l. 19 de inoff. 5, 2. Schwierigkeit macht hier l. 97 D. h. t. (Paulus l. III. Decretorum). „Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundum heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere. Pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse". Gewöhnlich nimmt man an, es sei an der Meinung des Paulus trotz der hier berichteten gegentheiligen kaiserlichen Entscheidung aus inneren Gründen festzuhalten, vgl. Mühlenbruch XXVIII S. 166 fg. XLIII S. 109 fg., Puchta Vorll. zu §. 499, Bähr Anerkennung S. 197 (215). Vereinigungsversuche: 1) Papinian habe den Fall so aufgefaßt, daß der Eingesetzte die Ungültigkeit des zweiten Testamentes gekannt habe, Francke Arch. f. civ. Pr. XIV S. 202 fg.; 2) das zweite Testament sei ursprünglich gültig gewesen, Köppen System S. 355. Jahrb. f. Dogm. V S. 142; dagegen Arndts §. 510 Anm. 2. Die Meinung Papinian's ist zu Grunde gelegt der Entscheidung des OAG. zu Jena bei Seuff. Arch. V. 302, mit Berufung darauf, daß dem Ausschlagenden ein Rechtsirrthum zur Last falle.

15 Köppen S. 345 fg.

* Thibaut Versuche II. 7 (1801). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 3 (1829). Steppes die Transmission der Erbschaft nach römischem Rechte (1831). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 2 (1833). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 143—243 (1833). Heimbach im RLex. XI S. 511—535 (1857). Mayer §. 113—114, Vering S. 502—511. Sintenis III §. 204.

1 L. 7 C. h. t. (6. 30), l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51, l. 3 § 7 D. §. 600.
de B. P. 37. 1, l. 4 C. qui admitti 6. 9. L. un. §. 5 cit. „Hereditatem . . nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur".

2 Man spricht in diesen Fällen von Transmission der Erbschaft; doch wird dieser Ausdruck auch wohl auf den Fall erstreckt, wo das Recht, statt des Berufenen zu erwerben, auf einen Andern als seinen Erben übergeht. Vgl. Mühlenbruch S. 227 fg., Köppen S. 402 Anm. 31, Arndts §. 512 Anm. 4. — Der Ausdruck transmissio hereditatis ist quellenmäßig, vgl. z. B. l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51 (Note 1), l. 7 C. h. t.: — „manifestum . .

1. Die weitest gehende Ausnahme ist durch Justinian eingeführt worden[3]. Diese Ausnahme geht so weit, daß sie im Grunde eine Aufhebung der bezeichneten Regel enthält, bloß mit Hinzufügung einer Zeitbeschränkung. Nach dieser Ausnahme nämlich können die Erben des Berufenen statt seiner die Erbschaft in allen Fällen erwerben, in welchen noch kein Jahr verflossen ist, seitdem der Berufene von der Berufung Kunde erhalten hatte[4].

---

est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere". Freilich hat dieser Ausdruck keine nothwendige Beziehung auf den hier vorliegenden Fall, und ist überhaupt kein technischer Ausdruck. Dieß zeigen schon die angeführten Stellen, wo der Ausdruck in gleicher Weise auch auf die erworbene Erbschaft bezogen wird. S. ferner Ulp. XXVI. 5: — „ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est"; l. 8 §. 9 D. de inoff. 5. 2: — „heres institutus . . omittit hereditatem . . ad substitutum transmittens"; l. 1 §. 4 D. de requir. 48. 17: — „non esse locum mandatis, ut bona fisco vindicentur . . et bona eius ad successores transmittuntur", ebenso l. 29 C. de test. 6. 23; transmittere actionem ad heredes, s. z. B. l. 36 §. 1 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 6. C. de I. D. 5. 12. — Früher pflegte man außer den im Folgenden genannten Sätzen auch den Satz hierher zu stellen, daß die einem suus anerfallene Erbschaft auf seine Erben übergehe (s. g. transmissio ex capite suitatis). Es bedarf keiner Bemerkung, daß es sich in diesem Fall um keine unerworbene Erbschaft handelt.

[3] In l. 19 C. h. t. S. g. transmissio Iustinianea. Vgl. über dieselbe außer den bei * Genannten noch Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 153—195 (1841). Wieding die Transmission Justinians (1859). S. auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 314 fg.

[4] „Si enim ipse, posteaquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum esse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur". Wieding S. 56 fg. 74 fg. will die einjährige Frist nicht a die scientiae, sondern von der Zeit der Berufung berechnet wissen. Wieding steht hier, wie in seiner ganzen Schrift, unter dem Eindruck der Vorstellung, daß für die von Justinian eingeführte Transmission in allen Stücken das gleiche Recht gelten müsse, wie für die Transmission des beneficium abstinendi des suus, da Justinian selbst sage, daß er das für den Erben des suus Geltende auf die Erben anderer Personen übertragen wolle. Aber auch abgesehen davon, daß aus dieser Aeußerung Justinian's doch keineswegs mit Nothwendigkeit folgt, daß er das Recht des suus einfach habe copiren wollen, abgesehen ferner davon, daß dem Erben des suus eine Frist nicht gesetzt war, so daß ein Schluß aus dem Verhältniß desselben

Hatte der Berufene bei seinen Lebzeiten von der Berufung gar keine Kunde erhalten, so läuft das Jahr von seinem Tode[5].

---

gerade in Betreff der hier vorliegenden Frage unmöglich ist (die Meinung Wiedings in dieser Beziehung S. 66): so ist es Wieding nicht gelungen, das ganz entscheidende Gewicht, welches die oben abgedruckten Worte gegen seine Meinung in die Wagschale legen, zu beseitigen.

[5] Von einem früheren Zeitpunkt an kann es nach dem in der vorigen Note Gesagten nicht laufen; von dem Zeitpunkt seines Todes an aber muß es laufen nach der allgemeinen Bestimmung, mit welcher Justinian die von ihm gewährte Rechtswohlthat in seiner Verfügung zuerst einführt: „praedicium beneficium in suam successionem transmittat, ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa". Vgl. Vangerow S. 190. 191. — Freilich geht die herrschende Meinung dahin, daß Justinian's Verordnung sich auf den Fall, wo der Berufene ohne Kenntniß von der Berufung gestorben ist, überhaupt nicht beziehe — wobei aber im Einzelnen die Ansichten nach gerade entgegengesetzten Richtungen auseinandergehen, indem nämlich die Einen meinen, daß in dem bezeichneten Fall den Erben des Berufenen gar nicht, die Andern, daß ihnen gemäß des Rechts, welches Justinian vorgefunden habe, unbedingt geholfen werde. Aber die letztere Meinung ist unhaltbar, s. Vangerow S. 180 fg. und unten Note 20; den Vertheidigern der ersten Meinung ist entgegenzuhalten, was in aller Welt Justinan bewogen haben könnte, die Erben des Berufenen für den Fall seines Nichtwissens schlechter zu stellen, als für den Fall seines Wissens, wo man doch gerade das Gegentheil erwarten sollte? Es wird nun allerdings von der Gegenseite geltend gemacht, daß Justinian von einem Berufenen rede, der, wenn er nicht „deliberationem meruerit", doch „deliberare videatur", was von einem Nichtwissenden nicht gesagt werden könne; ferner, daß Justinian den Fall des Wissens von der Berufung ausdrücklich nenne. Aber was das erste Argument betrifft, so ist es jedenfalls nicht unmöglich, Justinian's Worte so auszulegen, daß durch sie nichts bezeichnet werden soll, als der Gegensatz gegen den Fall, wo der Berufene über Erwerb oder Ausschlagung der Erbschaft eine Erklärung abgegeben hat: und wenn Justinian den Fall des Wissens von der Berufung ausdrücklich hervorhebt, so thut er dieß doch erst, nachdem er die Transmission ohne alle Unterscheidung, bloß unter Hinzufügung der Jahresgrenze, angeordnet hat. In welchem Sinne er nun nach dieser allgemeinen Vorschrift, mit welcher er das, was er wollte, vollständig ausgesprochen hatte, und mit welcher er füglich hätte schließen können, auf den Fall des Wissens von der Berufung noch besonders eingeht, ohne den Fall des Nichtwissens zu erwähnen, ist allerdings nicht leicht zu sagen; vgl. Vangerow S. 189 fg., Wieding S. 71 fg. Ich für meinen Theil finde geringere Schwierigkeit in der Annahme, daß Justinian an den (jedenfalls nicht gewöhnlichen) Fall des Nichtwissens gar nicht gedacht habe, als in der Annahme, daß er den Erben des Berufenen die ihnen gewährte Rechtswohlthat gerade für den Fall habe entziehen wollen, wo dieselbe den meisten Grund hat. So läßt denn auch

War dem Berufenen eine Antrittsfrist gesetzt, so tritt diese an die Stelle des Jahres, wenn sie kürzer, nicht, wenn sie länger ist[6].

2. Eine zweite Ausnahme[7] hat sehr eng begrenzte Voraussetzungen. Sie bezieht sich auf den Fall, wo Descendenten von Ascendenten eingesetzt worden sind, und vor der Eröffnung des Testaments gestorben sind[8]; in diesem Falle kann die von ihnen

---

Nov. 158 die Justinianische Transmission in einem Falle eintreten, wo der Berufene als infans gestorben war. Allerdings berechnet andererseits diese Novelle die Transmissionsfrist von der Zeit der Berufung, nicht von der Zeit des Todes des Berufenen. Da sie nicht glossirt ist, so kann das Letztere einen Widerspruch gegen die unzweifelhafte Vorschrift der l. 19 C. h. t. nicht begründen, während das Erstere zum Zweck der Feststellung des zweifelhaften Sinnes Justinian's immerhin geeignet erscheint. — Gegen die herrschende Meinung haben sich erklärt Vangerow S. 178 fg. und namentlich Wieding (der aber darin von Vangerow abweicht, daß er auch hier die Frist von der Zeit der Berufung an berechnet wissen will); für die herrschende Meinung neuerdings Mühlenbruch a. a. O., Sintenis §. 204 Anm. 3, Brinz S. 822 fg. Auch die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. XIII. 46, XIV 242, XVI. 125, XIX. 245 halten an der gemeinen Meinung fest, oder stehen doch auf dem Boden derselben.

[6] Das Letztere ist bestritten; aber Justinian's Bestimmung: „ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa" bezieht sich auf alle im Vorhergehenden genannten Fälle, also auch auf den Fall, „si deliberationem meruerit". Vgl. Mühlenbruch XLI S. 322 fg., Vangerow S. 170, Wieding S. 63 fg. — Ueber und gegen die Meinung, daß im Falle einer vom Erblasser gesetzten Antretungsfrist die Transmission wegfalle, s. Vangerow S. 194 fg., Mühlenbruch XLI S. 326, [XLIII S. 224]. Anders ist es natürlich, wenn Jemand unter der Bedingung der Antretung binnen bestimmter Frist eingesetzt, worden ist (l. 72 D. h. t.). Vangerow S. 195, Wieding S. 63.

[7] S. g. transmissio Theodosiana, beruhend auf einem Gesetze Theodosius II. (und Valentinian III.), welches im Justinianischen Codex als l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt 6. 52 steht. S. auch l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51. Von diesem Transmissionsfall handeln außer den bei * Genannten: F. A. Niemeyer de transmissione Theodosiana (1812). Löhr Arch. f. civ. Pr. II S. 192 fg. (1819). Löbenstern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 198 fg. (1836). Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXV. 5 (1842). Löhr Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. VII. 3 (1850). Huschke das. N. F. IX. 2 (1851).

[8] — „et ante apertas tabulas defuncti". S. auch die Rubrik des Titels (Note 7). Dieses Erforderniß ist auffallend, erklärt sich aber vollkommen aus dem geschichtlichen Zusammenhang des Gesetzes. Nach dem Recht der lex Iulia und Papia Poppaea nämlich fielen die Erbportion eines einge-

nicht erworbene Erbschaft zwar nicht von anderen ihrer Erben, aber doch von ihren Descendenten erworben werden[9].[10]

---

setzten Theilerben und Vermächtnisse, wenn der Bedachte vor Eröffnung des Testaments starb, an den Fiscus (Ulp. XVII. 1. 2, vgl. l. 1. §. 4 D. de I. et F. I. 22. 6, l. 21 i. f. D. de cond. 35. 1, l. 3 C. h. t): dieß wollte Theodosius II. zu Gunsten der Descendenten aufheben (im Gesetz ist ausdrücklich auch von Vermächtnissen die Rede). Im Justinianischen Recht gilt zwar der bezeichnete Satz nicht mehr, und so hätte also Justinian, wenn er das Theodosische Gesetz überhaupt aufnehmen wollte, dieses Erforderniß fallen lassen sollen; aber er hat es eben nicht gethan, ja er hat in demselben Gesetz, in welchem er jenen Satz aufgehoben hat (l. un. C. de cad. toll. 6. 51), das Theodosische Gesetz ausdrücklich bestätigt (§. 5 leg. cit.). — Doch ist dieser geschichtliche Zusammenhang und damit auch die Geltung des bezeichneten Erfordernisses nicht unbestritten. Abweichender Meinung sind namentlich Löhr, dem Marezoll S. 61. 63 und Sintenis §. 204 Anm. 9 folgen, und Huschke. Nach Löhr hat das Gesetz eine stillschweigende Substitution des ferneren Descendenten anordnen wollen; nach Huschke ist die Grundidee des Gesetzes die Fiction, daß der eingesetzte Descendent sofort nach dem Tode des Erblassers erworben habe. Ohne Bestreitung des bezeichneten geschichtlichen Zusammenhanges leugnet das Erforderniß Puchta §. 503. Löhr zieht aus seiner Idee noch die Consequenz, daß das Gesetz auch dann Platz greife, wenn der Eingesetzte vor dem Erblassser gestorben sei. Für die hier vertretene Ansicht s. namentlich Vangerow S. 443—470, ferner Steppes S. 42—44, Löbenstern a. a. O., Mühlenbruch S. 211 fg., Mayer §. 114 Note 2. 5. Seuff. Arch. II. 311, V. 33, VI 233, VII. 70, XV. 273.

[9] Auch das ist bestritten, ob die Transmission nur dann eintritt, wenn die Descendenten des Eingesetzten seine Erben geworden sind: dawider in Consequenz seiner Grundauffassung Löhr mit Sintenis, ferner Vangerow S. 472 fg., Puchta §. 503. Ich halte die Sache nicht für unzweifelhaft; doch sprechen für die hier vertretene Ansicht: a) die Worte des Gesetzes: „si tamen hereditatem non recusant“, welche auf die transmittirte Erbschaft, welche unmittelbar vorher als „hereditaria portio“ bezeichnet wird, zu beziehen, sprachlich hart ist; überdieß, welchen Sinn hat es, bei der Anordnung einer Transmission hinzuzufügen, daß die transmittirte Erbschaft auch abgelehnt werden könne? b) Wenn Justinian in l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51 sagt: „hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur“, und dann als Ausnahme das Theodosische Gesetz bezeichnet, so ist es fast unmöglich, anders zu ergänzen, als „transmitti ad heredes“, und so heißt es auch in §. 13 eod. ausdrücklich: „Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime nisi quibusdam personis ad *heredes* defuncti transmitti disposuimus . .“.

[10] Ist nicht auch das eine Voraussetzung der transmissio Theodosiana, daß der Eingesetzte nur auf einen Theil eingesetzt sei? Nach dem ursprünglichen Sinn des Theodosischen Gesetzes ist diese Frage unzweifelhaft zu bejahen. Der

3. Die dritte Ausnahme bezieht sich auf den Fall, wo der Grund, aus welchem der Berufene die Erbschaft nicht erworben hat, ein Wiedereinsetzungsgrund ist; in diesem Falle können seine Erben zum Erwerbe der von ihm nicht erworbenen Erbschaft auf dem Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gelangen[11]. Dieß gilt nicht bloß für den Fall, wo der Berufene durch seine Versäumung von dem Erwerbe der Erbschaft ausgeschlossen worden war[12], sondern auch für den Fall, wo er gestorben ist, ohne dieses Recht verloren zu haben[13]. Zwar ist das Letztere in den Quellen nicht in dieser Allgemeinheit anerkannt, sondern, abgesehen von einem heutzutage nicht mehr praktischen Fall[14], nur für die Fälle, wo die Erbschaft wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten[15] oder wegen Ungewißheit der Berufung[16] nicht erworben worden

---

Wortlaut desselben aber, wie er in der Justinianischen Compilation vorliegt, macht, obgleich das Gesetz von einer Mehrheit der eingesetzten Erben und von einer transmittirten „hereditaria portio“ spricht, die Bejahung nicht zur Nothwendigkeit. S. namentlich Vangerow S. 481. — Ueber andere in dieser Lehre verhandelte Streitfragen s. Vangerow 470 fg. 485 fg. — Ueber die Worte: „licet non sint invicem instituti“ vgl. Huschke S. 64; über die Worte: „nulla huiusmodi praescriptione obstante“ dens. S. 55 fg.

[11] S. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

[12] In welchem Falle die Erben die dem Berufenen erworbene in integrum restitutio nach der Regel von der Vererblichkeit dieses Rechtsmittels geltend machen. L. 1 C. de rest. mil. 2. 51. „Si Valerianus . . ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est“. S. auch l. 24 §. 2 D. de min. 4. 4.

[13] In diesem Fall hat er keinen Nachtheil erlitten; in der Person seiner Erben aber, welche der Nachtheil trifft, ist kein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden. Das Irrationale einer solchen Wiedereinsetzung wird denn auch in l. 86 pr. D. h. t. ausdrücklich anerkannt; aber es wird darüber hinweggegangen mit Berufung auf ein Rescript von Antoninus Pius (vgl. l. 30 pr. D. h. t.).

[14] Das SC. Silanianum (10 n. Chr.) verbot die Eröffnung des Testaments und den Antritt der Erbschaft eines gewaltsam ermordeten Erblassers. bevor die mit ihm unter demselben Dache befindlich gewesenen Sclaven zur Untersuchung (mit Anwendung der Folter) und zur Bestrafung gezogen worden seien, bei Strafe des Verlustes der Erbschaft an den Fiscus (l. 3 §. 18. 29 l. 5 §. 2 D. de SC. Sil. 29. 5). Aber wenn der Berufene vorher stirbt, „ad heredem suum utiles actiones transmitt(i)t“ (l. 3 §. 30 eod.).

[15] L. 86 pr. D. h. t.

[16] Die Quellen gewähren hier kein ganz reines Resultat. a) L. 12 D.

ist: aber diese Entscheidungen sind der Ausdruck eines Princips[17]. Hiernach ist die Regel näher dahin zu stellen, daß die Erben des Berufenen im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[18] das Recht zum Erwerb einer ihm anerfallenen Erbschaft in allen Fällen erlangen können, in denen der Berufene an dem Erwerbe durch einen Grund gehindert worden ist, welcher nach dem

---

de Carb. ed. 37. 10. „Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus vel ille, qui intestati bonorum possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim si non potuerunt adire hereditatem iure cessante vel ob litem in dubio constituti"? Die Stelle ist von Papinian. b) Nach l. 1 §. 1 D. ad SC. Tert. 38. 17 (Ulpian) soll den Erben des Berufenen geholfen werden (vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 166), wenn der Berufene gestorben ist im Zweifel darüber, ob der Erblasser beerbt werden könne. c) Andere Stellen dagegen, welche den Erben Hülfe gewähren, setzen den Fall voraus, daß der Berufene zweifelhaft war, ob er aus diesem oder jenem Grunde berufen sei, und beschränken theilweise die Hülfe auf den Theil, in welchem beide Berufungsgründe übereinstimmen. So l. 4 §. 3 l. 5 D. de B. P. c. t. 37. 4 (Julian und Paulus), vgl. l. 84 D. h. t.; ferner l. 6 §. 1 l. 42 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2 (Ulpian und Papinian, mit Berufung auf ein Rescript vom Kaiser Marcus). d) In l. 3 §. 30. 32 D. de SC. Silan. 29. 5 (Scaevola, Ulpian) wird im Fall einfachen Zweifels an der Berufung den Erben des Berufenen die Hülfe geradezu versagt (*vv.* veluti si praegnans uxor occisi fuit *vel etiam putabatur*). Eine historische Entwicklung läßt sich in diesen Entscheidungen nicht erkennen; aber man wird sagen dürfen, daß der überwiegende Zug des römischen Rechts dahin gegangen sei, bei Ungewißheit der Berufung den Erben zu helfen. Für am wenigsten zulässig würde ich es halten, wenn man auf die Ziehung eines Endresultats ganz verzichten, und casuistisch bei den Entscheidungen der einzelnen Stellen stehen bleiben wollte. Vgl. auch Köppen S. 366 fg.

[17] Dieß ist sehr bestritten und freilich zweifelhaft genug. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Marezoll S. 62 fg., Steppes S. 59 fg., Brinz S. 824; Mühlenbruch XLIII S. 157 fg.; Vangerow S. 180 fg.; Sintenis S. 655 fg. [Seuff. Arch. I. 267, XI. 162, XIV. 243.]

[18] Auch das ist bestritten, ob in der That Erlangung der Wiedereinsetzung den Erben des Berufenen in allen hierher gehörigen Fällen nöthig sei, ob nicht das Recht zum Erwerbe der Erbschaft unter Umständen ohne Weiteres auf sie übergehe. Vgl. Mühlenbruch S. 179 fg. Allerdings sprechen die in Note 16 genannten Stellen von in integrum restitutio nicht; aber sie bezeichnen doch deutlich genug die zu gewährende Hülfe als eine außerordentliche, vorzugsweise als eine vom Prätor zu erlangende Hülfe.

Ermessen des Richters die Hülfe billig erscheinen läßt[19], mit Ausnahme des Falles des Irrthums[20].

4. Endlich gehört in gewisser Weise auch der Satz hierher, daß das Recht, ein Testament wegen Verletzung des Pflichttheils anzufechten, von dem verletzten Descendenten auf dessen Descendenten übergeht[21].

B. Durch andere Personen.

§. 601.

1. Die einem Kinde in der Gewalt anerfallene Erbschaft kann, wenn das Kind die Erbschaft ausschlägt, statt seiner vom Gewalthaber erworben werden[1].

2. Die einem Kinde unter sieben Jahren anerfallene Erbschaft fällt, wenn das Kind stirbt, ohne daß sein väterlicher Ascendent für dasselbe die Erbschaft erworben hat[3], an diesen ohne Rücksicht auf Gewalt[3].

---

[19] S. I §. 119.

[20] S. I §. 119 Note 16 und vgl. l. 7 C. h. t.

[21] L. 34 C. de inoff. 3. 28, s. §. 585 Note 9. — In gewisser Weise: es wird vom Descendenten nicht die Thatsache geltend gemacht, daß sein Ascendent berufen worden sei, sondern die Thatsache, daß er berufen worden sein würde, wenn kein Testament errichtet worden wäre. — Daß der Descendent Erbe des Ascendenten geworden sein müsse, sagt die Stelle zwar nicht ausdrücklich, aber deutet es doch an („neque enim pater nepoti aliquod ius cum decesserit contra patris sui testamentum dereliquit").

§. 610. [1] S. g. transmissio ex iure patrio, welcher Ausdruck aber auch für den Fall unter Num. 2 gebraucht wird. Diese Transmission ist eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Gewalthaber jeden vom Kinde in der Gewalt ausgeschlagenen Erwerb für sich machen kann. L. 8 pr. §. 1. 2 C. de bon. quae lib. 6. 61. Vgl. II §. 516 Note 18.

[2] S. §. 596 Note 14.

[3] S. g. transmissio ex capite infantiae (oder ex iure patrio, s. Note 1). Dieselbe beruht auf l. 18 §. 1. 3 C. h. t. „Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere". Es liegt der Gedanke nahe, daß diese Bestimmung ihren Grund habe in dem damals (die Stelle ist vom Jahre 426 n. Chr.) noch geltenden Recht, nach welchem der (adventicische) Erwerb des Kindes in der Gewalt mit dem Tode desselben an den Vater iure peculii fiel, und daß sie mit diesem Rechte die Geltung verloren habe.

3. Kann das Recht, eine anerfallene Erbschaft zu erwerben, auch durch Rechtsgeschäft auf einen Andern übertragen werden? Das römische Recht hat dieß anerkannt für die Intestat- nicht für die testamentarische Erbschaft[4].

IV. Gegenstand des Erwerbes.

§. 602.

Der Gegenstand des Erwerbes ist immer die Erbschaft, auch wenn der Erwerbungswille nur auf einen Bruchtheil der Erbschaft gerichtet ist. Dieser an und für sich wahre Satz[1] ist vom römischen Rechte mit besonderer Energie erfaßt und ausgebildet worden. Anwendungen desselben sind folgende.

So wirklich Köppen S. 401, s. auch Arndts §. 513 Anm. 1. Aber bei dieser Argumentation ist übersehen, daß nach §. 3 der citirten Stelle der Vater ohne Gewalt das gleiche Recht haben soll, wie der Vater mit Gewalt. „Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur". Vgl. Mühlenbruch XLIII S. 199 fg. — Nicht gerechtfertigt ist es, dem Fall der Kindheit des Berufenen den Fall seiner Abwesenheit gleichzustellen (Mühlenbruch S. 200, Arndts §. 513 a. E.). Man beruft sich dafür auf l. 30 pr. D. h. t.; aber diese Stelle beruht in der That ganz auf dem früheren Recht (dem Recht des Erwerbes des Gewalthabers durch das gewaltunterworfene Kind), und hat mit diesem ihre Anwendbarkeit verloren. S. auch Brinz S. 820.

[4] L. 4 §. 28 D. de exc. doli 44. 4, Gai. II. 35—37. III. 85—87, Ulp. XIX. 13. 14. Die Stellen aus Gajus und Ulpian sprechen von in jure cessio hereditatis; in der Pandektenstelle, in welcher bloß von cessio die Rede ist, haben ohne Zweifel die Compilatoren das „in iure" gestrichen. Trotz der Aufnahme dieser Stelle in die Compilation (s. auch l. 6 D. de R. I. 50. 17) ist es bestritten, daß die Veräußerung der unerworbenen Erbschaft im Justinianischen Recht noch Geltung habe, s. im Besonderen Mühlenbruch S. 144 Note 65, Scheurl Beiträge I Nr. 2, Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 175 fg. und System S. 324 fg., Arndts §. 512 Anm. 1. Ich kann die Gründe für diese Meinung, welche theilweise schon von Köppen widerlegt sind, nicht für zutreffend erachten. Köppen selbst beruft sich auf die Formlosigkeit des Uebertragungsactes nach Wegfall der in iure cessio; mir scheint das doch nur ein Grund de lege ferenda zu sein. Für die hier vertheidigte Ansicht Puchta §. 503 und Rudorff das. Note c* (früher auch Köppen Erbschaft S. 94 fg.).

[1] Der Bruchtheil ist nichts real Existirendes. Indem der Bruchtheil §. 602.
eines Ganzen gedacht wird, wird gedacht das Ganze zu einem Bruchtheil.

1. Eine der Erbschaftsantretung hinzugefügte Theilbeschränkung ist unwirksam; der Antretende wird trotz dieser Beschränkung Erbe, soweit er berufen ist[2].

2. Der durch mehrere Verfügungen des Erblassers auf verschiedene Erbtheile Berufene erwirbt durch die Antretung aus Einer Verfügung auch den durch die andere ihm zugewendeten Erbtheil[3]. Dieß gilt auch für den Fall, wo die eine Verfügung eine bedingte ist, und aus der unbedingten angetreten wird, ehe die Bedingung der bedingten erfüllt ist[4]; nur muß die Erfüllung vor dem Tode des Antretenden erfolgen, weil sonst die Berufung aus der bedingten Verfügung zu seinen Gunsten gar nicht wirksam wird[5]. In gleicher Weise wird durch die Ausschlagung aus Einer Verfügung jeder andere Erbtheil ausgeschlagen[6].

---

[2] Dieser Satz ist keine unmittelbare Consequenz aus dem bezeichneten Grundsatz; sondern eine Consequenz nur unter Hinzunahme des selbständigen Satzes, daß die Erbschaft nicht theilweise angenommen, theilweise ausgeschlagen werden kann, §. 597 Note 11. Von diesem Satze ausgehend konnte das römische Recht die Erbschaftsantretung mit Hinzufügung einer Theilbeschränkung entweder für ungültig, oder für unbeschränkt wirksam erklären; es hat das Letztere gethan, weil in einer solchen Antretung immerhin die Erklärung des Willens liegt, die „Erbschaft" haben zu wollen. L. 10 D. h. t. „Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse". Anders ist es nur dann, wenn die Erbschaftsantretung in Folge eines Irrthums über die Berufung auf einen andern Erbtheil gerichtet wird, als auf welchen die Berufung wirklich erfolgt ist, l. 75 D. h. t. (§. 597 Note 7).

[3] L. 80 pr. D. h. t. „Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne. Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sint". „Semel adeundum", l. 80 §. 3 eod. Im Besonderen handelt von diesem Fall Fuchs Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 10 (1856).

[4] L. 59 §. 5 D. de her inst. 28. 5, l. 76 pr. D. h. t. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo ein Eingesetzter, der zugleich einem andern Eingesetzten substituirt ist, vor dem Wegfall dieses Letzteren antritt; er hat in der Institutionsportion auch die Substitutionsportion erworben. L. 35 pr. l. 53 pr. l. 81 D. h. t., l. 45 §. 1 D. de vulg. 28. 6, l. 9 D. de suis 38. 16, l. 6 C. de impuberum et aliis subst. 6. 26. Auch der Fall der Pupillarsubstitution gehört hierher, insofern die Kindeserbschaft als Theil der väterlichen Erbschaft aufgefaßt wird, s. §. 559 Note 22.

[5] L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 45 §. 1 D. de vulg. 28. 6, l. 9 D. de suis 38. 16. S. auch l. 80 §. 1 i. f. D. h. t. (— „si tamen de-

3. Wer mit einem Andern auf dasselbe Ganze berufen ist, erwirbt durch die Erbschaftsantretung auch den Theil, auf welchen zunächst der Miterbe berufen ist, wenn dieser aus irgend einem Grunde nicht zum Erwerbe gelangt. In diesem Falle liegt die Anwendung eines Verhältnisses vor, welches man technisch als Anwachsung, Anwachsungsrecht bezeichnet. Hiervon im folgenden §. näher.

Insbesondere vom Anwachsungsrecht*.

§. 603.

Das Anwachsungsrecht beruht auf dem Grundsatz, daß durch die Berufung Mehrerer zu einem und demselben Ganzen eben

---

latae sint"). Schwierigkeit macht hier l. 53 pr. D. h. t. „Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque condicio extiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet". Ueber die verschiedenen Ansichten (ob zu lesen „posteaquam"? ob die Stelle zu beziehen auf den sogleich zu nennenden Fall? ob auf den Fall, wo für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung kein Substitut ernannt ist?), s. Mühlenbruch XLIII S. 150 fg., Arndts §. 517 Anm. 3. — Nur dann schadet der Tod vor Eintritt der Bedingung nicht, wenn der Antretende den ihm bedingt zugewiesenen Erbtheil auch bei Ausfall der Bedingung erhält; er wird vielmehr in diesem Fall durch den Antritt aus der unbedingten Erbeseinsetzung sofort Erbe auch auf den bedingt vergebenen Erbtheil. L. 33 l. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 53 §. 1 D. h. t. — Vgl. auch l. 59 D. h. t. (*vv.* quod sic recipiendum est *cett.*).

[3] L. 10 §. 3 D. de vulg. 28. 6. Vgl. auch §. 559 Note 23. 24. Auch hier macht eine Stelle Schwierigkeit, die l. 76 §. 1 D. h. t. „Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeunda Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare". Die Schwierigkeit verschwindet, wenn man statt „amittere" liest „omittere", und annimmt, daß die Stelle sich in ihrer ursprünglichen Gestalt auf die Versäumung der Cretionsfrist bezogen habe. Vgl. das akademische Programm von Leist: Observationes ad fr. 76 §. 1 D. de acquirenda vel omittenda hereditate, Ienae 1853, und Arndts §. 517 Anm 4. Eine andere Erklärung bei Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 330 fg. und Lehrb. §. 451 Anm. 3 Nr. 2.

* Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben nach römischem Rechte (1829). Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen (1835). Witte §. 603.

Jeder zum Ganzen berufen wird, daß daher eine Theilung zwischen den Mitberufenen bloß dadurch entsteht, daß Jeder zum Erwerbe gelangt, während nur Ein Ganzes vorhanden ist, und daß also, sobald Einer nicht zum Erwerbe gelangt, die andern Mitberufenen um so viel Mehr erhalten, als der Ausfallende nicht erwirbt[1]. Es liegt daher auf der Hand, daß die Bezeichnung Anwachsungsrecht, so sehr sie dem quellenmäßigen Sprachgebrauch entspricht[2], nicht genau ist, daß das Anwachsungsrecht nicht sowohl ein Anwachsungsrecht ist, als ein Nichtabwachsungsrecht. Nur ein anderer Ausdruck dieses Satzes ist es, daß die Anwachsung nach rechtlicher Nothwendigkeit eintritt[3], und eine un-

---

RLex. I S. 270—313 (1839). Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 243—367 (1837). Dworzak Beiträge zur Lehre vom Ius accrescendi, insbesondere bei Legaten, Haimerl's österr. VJSchr. VII S. 1—91 (1861). Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 420—446 (1864). Mayer §. 27—29, Vering S. 519 fg. Vangerow II §. 493—496, Sintenis III §. 203, Brinz S. 825—832, Unger §. 38.

[1] Partes concursu fiunt. L. 80 D. de leg. III° 32. „Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri". Vgl. l. 1 §. 3. D. de usufr. accr. 7. 2: — „cum primum itaque non inveniet alter eum qui sibi concurrat, solus utetur in totum". Diese Grundlage des Anwachsungsrechts wird anerkannt (im Einzelnen in verschiedener Ausbildung, namentlich unter Herbeiziehung des Begriffs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit [§. 528 a. E.]) von: Huschke Rhein. Museum VI S. 279 fg. 304, Witte S. 272, Mühlenbruch S. 251, Dworzak S. 3 fg., Sintenis §. 203 z. A., Vangerow §. 494 Anm. z. A., vgl. Baron S. 428 fg. Ueber abweichende Ansichten s. Baumeister S. 104 fg. und die Angaben bei Mühlenbruch S. 250 fg., von Neueren Mommsen Erörterungen I S. 69 fg., Baron S. 438, Brinz S. 830 fg. Doch bezieht sich der Streit nicht, oder sollte sich doch nicht beziehen, auf den Fall des Anwachsungsrechts mit Vorzug Eines Miterben vor einem anderen; über den entgegengesetzten Fall s. §. 604 Note 6. 10.

[2] Ius accrescendi. — Uebrigens sprechen die Quellen von einem accrescere nicht bloß in dem Fall, wo ein Erbe den Erbtheil eines Mitberufenen deßwegen erhält, weil er mit ihm auf dasselbe Ganze berufen ist, sondern auch in dem Fall, wo er den Theil des Mitberufenen durch Substitution, also kraft einer besonderen gerade auf diesen Erbtheil gerichteten Berufung erhält, s. z. B. l. 35 pr. D. h. t., l. 6 C. de impuberum et aliis subst. 6. 26. Sie sprechen ferner von accrescere auch in dem Fall, wo ein eingesetzter Erbe einen im Testamente gar nicht vergebenen Erbtheil erhält, s. z. B. l. 13 §. 3 D. de her. 28. 5.

[3] Sie tritt ein ohne Willen des Erben, ohne sein Wissen, gegen seinen

mittelbare Consequenz aus demselben, daß die Anwachsung auch zu Gunsten des Erben des Erwerbenden eintritt, wenn der Nichterwerb des Mitberufenen sich erst nach dem Tode des Erwerbenden entscheidet[4]. Im Uebrigen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Bei der Anwachsung wird als der regelmäßige Fall gedacht, daß derjenige, welchem anwachsen soll, zur Zeit, wo sich der Nichterwerb des Mitberufenen entscheidet, seinerseits bereits erworben habe[5]; aber nothwendig ist dieß zur Anwachsung nicht[6].

2. Die Anwachsung setzt voraus, daß aus der an den Mitberufenen ergangenen Berufung weder er selbst erwerbe, noch an

---

Willen. L. 31 l. 53 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 8 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51.

[4] Er war bereits berufen, er wird nicht erst jetzt berufen. L. 26 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 9 D. de suis 38. 16, l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51, s. auch l. 59 §. 7 D. de her. inst. 28. 5. Portio portioni accrescit, vgl. l. 33 §. 1 i. f. D. de usufr. 7. 1.

[5] Vgl. z. B. l. 53 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 8 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51.

[6] Vgl. z. B. l. 17 §. 1 l. 63 l. 66 D. de her. inst. 28. 5, welche Stellen keine Beziehung auf bereits geschehenen Erwerb enthalten. S. auch l. 6 D. de B. P. 37. 1. Witte S. 271 unt., Mühlenbruch S. 247, Brinz S. 825 unt. — Deßwegen gehört die Lehre von der Anwachsung eigentlich nicht an diesen Punkt des Systems. Ihr eigentlicher Platz wäre in der allgemeinen Lehre von der Berufung; daselbst wäre unter Anderem auch von der Mitberufung zu handeln. Aber auch abgesehen von dem im Text Bemerkten, daß nämlich die Anwachsung regelmäßig gedacht wird als eine Anwachsung zu der erworbenen Portion, also als eine Erstreckung des Erwerbes, ist es an dem gegenwärtigen Orte leichter, die Lehre nach allen Seiten zum Verständniß zu bringen, als es an dem früheren Orte möglich gewesen wäre. — Darf aber von Anwachsung auch dann geredet werden, wenn der Mitberufene vor dem Tode des Erblassers wegfällt, z. B. durch den Tod oder durch Ausfall der Einsetzungsbedingung, oder wenn er von Anfang an ungültig eingesetzt ist? Hierüber wird gestritten; vgl. einerseits Witte S. 271, Vangerow §. 494 Anm. z. A., welche dagegen, andererseits Mühlenbruch S. 246 fg., Dworzak S. 22 fg., Sintenis §. 203 Anm. 1, Brinz S. 826, welche dafür sind. Insoweit von einer Berufung schon vor dem Tode des Erblassers die Rede sein kann, kann auch schon vor dem Tode des Erblassers der wahre Inhalt derselben, daß sie nicht einen Theil, sondern das Ganze verleiht, aufgedeckt werden. S. auch l. 1 §. 3. 4 C. de cad. toll. 6. 51, l. 20 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. — Am weitesten geht Brinz a. a. O., welcher für den Begriff der Anwachsung das Moment der Mitberufung ganz aufgibt.

seiner Stelle ein Anderer[7]. Wiederaufhebung des Erwerbes[8] steht dem Nichterwerbe nicht durchweg gleich[9].

3. Die Anwachsung setzt ferner voraus, daß nicht an die Stelle der wirkungslos gewordenen Berufung eine andere trete. Es liegt kein Widerspruch darin, daß ein Erbtheil als solcher den Gegenstand einer anderen Berufung bilde, als diejenige ist, von welcher er als Bestandtheil des Ganzen ergriffen wird[10].

4. Sind auf den ausfallenden Erbtheil Lasten gelegt, so gehen diese in der Anwachsung mit über[11], mit Ausnahme des Falles, wo der Erbtheil durch eine von Anfang an ungültige Verfügung vergeben war[12]. Sind über den Erbtheil desjenigen, welchem anwächst, Verfügungen getroffen[13], so ist es eine Aus-

---

[7] Die Anwachsung wird ausgeschlossen durch die Transmission. Vgl. l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51.

[8] Von diesem Fall handeln im Besonderen: Schmidt (von Ilmenau) civilistische Abhandlungen S. 63 fg. Puchta de accrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit, 1842 (kl. civil. Schriften S. 532 fg.)

[9] Wohl, wenn der Miterbe den anwachsenden Theil nehmen will; aber er ist nicht unbedingt genöthigt, ihn zu nehmen. Wird der Erwerb durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgehoben, so kann er den anwachsenden Theil einfach ausschlagen, l. 61 D. h. t., vgl. auch l. 98 eod.; im Fall der Aufhebung des Erwerbes durch Entschlagung des nothwendigen Erben kann er sich von dem anwachsenden Erbtheil durch nachträglichen Verzicht auf seinen eigenen Erbtheil frei machen, s. §. 595 Note 10. Uebrigens ist auch die Ansicht nicht unvertreten, daß im Fall der Entschlagung das Gleiche gelte, wie im Fall der Wiedereinsetzung, Schmidt S. 86 fg., Mühlenbruch XLIII S. 137 fg.; dagegen Puchta S. 556 fg. (s. auch das. S. 548 fg.), Vangerow §. 494 Anm. Nr. 7. b, Brinz S. 827.

[10] Daher wird die Anwachsung ausgeschlossen durch Substitution (l. 2 §. 8 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. un. §. 3. 4. 7 C. de cad. toll. 6. 51), und kann ausgeschlossen werden durch successive Delation (§. 573 Note 5).

[11] L. 61 §. 1 D. de leg. II° 31 (vgl. l. 74 D. de leg. I° 30), l. 49 §. 4 eod., l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51. Aelteres Recht: l. 29 §. 1. 2 D. de leg. II° 31. Seuff. Arch. I. 266.

[12] L. un. §. 3. 9 i. f. C. de cad. toll. 6. 51 (vgl. l. 5 D. de his quae pro non scr. 34. 8, l. 14 §. 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10). Diese Ausnahme ist übrigens für das Justinianische Recht nicht unzweifelhaft; gegen sie mit guten Gründen Francke Beiträge S. 121 fg. Gegen Francke Schneider (§. 604 Note 1) S. 253 fg., Vangerow II §. 496 Anm. 3 Nr. V. [Vgl. unten §. 644 Note 15.]

legungsfrage, ob diese auch den anwachsenden Erbtheil mit ergreifen, und diese Frage wird im Zweifel nicht zu bejahen sein[14].

§. 604.

Eine Hauptfrage ist endlich, wann man sagen könne, daß Mehrere auf ein und dasselbe Ganze berufen seien?

---

[13] Durch den Erblasser (Erschaftsvermächtniß) oder durch den Erben (Verkauf, Schenkung rc., überhaupt Veräußerung der Erbschaft).

[14] Die Meinungen gehen in Betreff dieses Punktes auseinander. Für die hier vertretene Ansicht Glück XVI S. 341 fg., Baumeister S. 129 fg., Mayer Erbrecht §. 129 Note 6, Mommsen Erörterungen I S. 67 fg.; für die entgegengesetzte: Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI 10, Mühlenbruch S. 348 fg., Jhering Abhandlungen S. 11 fg., Sintenis §. 203 Anm. 16, Vangerow §. 494 Anm. Nr. 4. 5; weitere Literatur bei Letzterem. Man bemerke über diese Streitfrage Folgendes. 1) Es ist ein sehr beliebtes Argument für die hier zurückgewiesene Meinung, daß die anwachsende Portion einen integrirenden Bestandtheil der ursprünglichen Portion bilde. Dieß ist gewiß nicht richtig; die anwachsende Portion bildet nicht einen integrirenden Bestandtheil der ursprünglichen Portion, sondern einen integrirenden Bestandtheil des Ganzen, in welchem beide Portionen enthalten sind, und auf welches freilich der zum Erwerbe Gelangende ebenfalls berufen ist. 2) Es ist aber ohne nähere Rechtfertigung nicht anzunehmen, daß sich der Verfügungswille auf dieses Ganze bezogen habe, weil der Berufene Aussicht auf das Ganze nur für den Fall hatte, daß der Mitberufene nicht zum Erwerbe gelangen sollte und ohne besonderen Grund der Eintritt dieses Falles nicht angenommen werden durfte. 3) Es kann daher nur die Frage sein, ob nicht nach gesetzlicher Regel in der Verpflichtung zur Herausgabe eines Erbtheils die Verpflichtung zur Herausgabe der Anwachsung als eines hinzutretenden commodum enthalten ist. Diese Frage ist nun aber für das Erbschaftsvermächtniß schlechthin zu verneinen, s. II §. 327 Note 6. Für den Fall der Veräußerung der Erbschaft geben einen Anhalt l. 7 §. 13 D. comm. div. 10. 3, l. 13 §. 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 78 §. 4 D. de I. D. 23. 3. Nach diesen Stellen muß der Miteigenthümer, welcher einen Eigenthumstheil herauszugeben verpflichtet ist, auch den im Theilungsproceß ihm zugesprochenen anderen Eigenthumstheil mit herausgeben. Aber er muß ihn herausgeben nur gegen Erstattung der für denselben gemachten Aufopferung, wie er andererseits verlangen kann, daß ihm diese Aufopferung gegen Herausgabe des adjudicirten Eigenthumstheils ersetzt werde. Beides aus Billigkeitsrücksichten (l. 78 §. 4 cit.). Die Billigkeit spricht aber gewiß nicht dafür, daß der Käufer einen Erbtheil einfach lucrire, der Verkäufer ihn einfach verliere. 4) Die Quellenstellen, auf welche man sich für die hier vertheidigte Meinung berufen hat, l. 83 D. h. t., l. 43 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 2 §. 1 D. de H. v. A. V. 18. 4, sind nicht beweisend.

1. Was die Berufung durch den Willen des Erblassers[1] angeht, so ist es möglich, daß der Erblasser in seiner Verfügung ausdrücklich erklärt habe, daß er den Einen auf dasselbe Ganze, Erbschaft oder Erbschaftstheil, berufe, auf welches er bereits einen Andern berufen hat[2]. Ist dieß nicht der Fall, so ist anzunehmen, daß der Erblasser die Mehreren auf dasselbe Ganze habe berufen wollen, wenn er sie zusammen genannt hat ohne ihnen Theile anzu-

§. 604. [1] Bei der testamentarischen Erbfolge war im römischen Recht seit der lex Iulia et Papia Poppaea das Anwachsungsrecht ausgeschlossen, mit Ausnahme der von Anfang an ungültigen Verfügungen; nur zu Gunsten der im Testament eingesetzten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grad bestand es unbeschränkt fort. Abgesehen von diesen Ausnahmen trat an die Stelle der Anwachsung die caduci vindicatio durch den Fiscus, jedoch mit einem Vorzug der im Testament Bedachten, welche Kinder hatten. Dieses ganze Recht hat Justinian aufgehoben. Gai. II. 206. 207, Ulp. XVII. 2. XVIII., l. un. C. de cad. toll. 6. 51. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. VI. 6 (1828). Mayer in der vor §. 603 bei * citirten Schrift S. 176 fg. (1835). Derſ. Erbrecht §. 27 Anm. 2. Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht und die caducarischen Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea S. 91 fg. (1837); über diese Schrift Huschke Richter's Jahrb. 1838 S. 314 fg. Witte RLex. I S. 304 fg.

[2] L. 142 i. f. D. de V. S. 50. 16. *L. Titius ex parte dimida heres esto. Seius ex parte, qua L. Titium heredem instituti, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Iulianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum G. Seio institutus sit. Sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius est, in secundum semissem duos coactos, et coniunctim heredes scriptos esse". L. 15 pr. D. de her. inst. 28. 5. Es ist dieß die bloße re coniunctio. Vgl. l. 142 cit. init. und l. 89 D. de leg. III° 32. — Uebrigens ist es bestritten, daß in diesem Fall Anwachsung stattfinde; dawider, entweder auch für das ältere Recht, oder doch für das Justinianische nach l. un. C. de cad. toll. 6. 51: Thibaut Arch. f. civ. Pr. VII 21, Rudorff S. 426, Mayer S. 215 fg. und Erbrecht §. 29, Witte S. 312, und die übrigen bei Vangerow §. 496 Anm. 3 Nr. II Genannten. Man darf nicht nach Zeugnissen **für** das Anwachsungsrecht der re coniunti, sondern man muß nach Zeugnissen **gegen** das Anwachsungsrecht derselben fragen. Aber auch an Zeugnissen der ersten Art fehlt es nicht. Denn nach l. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5 (s. auch l. 20 §. 2 eod.) haben Anwachsungsrecht die coniuncti, coniuntim, institui, und s. l. 142 D. de V. S. 50. 16, l. 15 pr. D. de her. inst. 28. 5. Allerdings gibt es bei Vermächtnissen einen anderen Sprachgebrauch, nach welchem unterschieden wird, ob Mehreren dieselbe Sache coniunctim oder disiunctim hinterlassen ist (vgl. z. B. §. 8 I. de leg. 2. 20, l. 33 pr. D. de leg. I° 30, Gai. II. 199. 205. 215. 223). Aber offenbar

weisen³. Dieß gilt nicht bloß für den Fall, wo er sie zusammen auf einen bestimmt bezeichneten Theil, sondern auch für den Fall,

---

gerade diesem Sprachgebrauch gegenüber wird in den genannten Stellen hervorgehoben, daß in der re coniunctio eine wirkliche coniunctio liege, während l. 66 D. de her. inst. 28. 5 (Note 3) umgekehrt ausspricht, daß die verbis coniunctio bloß dem äußeren Scheine nach eine coniunctio sei. Ueber l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51 s. Note 3 a. E.

² Es ist dieß die re et verbis coniunctio, die Sachverbindung ausgedrückt durch die Wortverbindung. L. 142 D. de V. S. 50. 16 (Note 2): — „Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*; vel ita *Titius Maeviusque heredes sunto*; vel: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto* . .“. L. 59 §. 2 D. de her. inst. 28. 5, vgl. l. 11. l. 13 pr. eod. — Hat der Erblasser den mehreren zusammen Genannten Theile angewiesen, so sind sie bloße verbis coniuncti, und haben Anwachsungsrecht nicht. L. 66 D. de her. inst. 28. 5. „Si ita quis heredes instituerit: *Titius heres esto, Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto*, quamvis *et* syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur“. Freilich ist auch dieß bestritten, weniger für das ältere Recht, als für das Justinianische auf Grund von l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51, s. Rudorff, Mayer und Witte an den in Note 2 citirten Orten, auch Huschke (Note 1) S. 330 unt. Man nimmt nämlich an, daß Justinian den Vorzug der verbis coniuncti aus dem alten Caducitätsrecht (Gai. II. 208, l. 89 D. de leg. III° 32) in die von ihm neu getroffene Ordnung herübergenommen habe. In der That glaube ich nicht, daß wird geleugnet werden dürfen, daß Justinian in l. un. §. 10 cit. von verbis coniuncti redet; die „unitas sermonis“ am Schluß der Stelle spottet m. E. jeder anderen Erklärung. Aber daraus folgt nicht, daß er von Solchen redet, welche bloß verbis, nicht auch zugleich re coniuncti sind; und daß er dieß in der That nicht thut, beweist m. E. der Schluß des §. mit vollkommener Sicherheit. „Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant; disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti, ut suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant“. Die disiuncti dieser Stelle sind, wie auf der Hand liegt, die nicht re coniuncti; vom re coniunctus kann man nicht sagen, daß er „alienum appetit“. Also sind die coniuncti, welche zu ihnen in Gegensatz gebracht werden, re coniuncti, und da sie nach dem Gesagten zugleich als verbis coniuncti gedacht werden, sind sie re et verbis coniuncti. Die Frage kann daher nur die sein, ob Justinian nicht den Vorzug der bloßen re coniuncti habe beseitigen wollen (Note 2). Aber auch diese Frage darf, wie ich glaube,

wo er sie ohne Nennung eines solchen Theils eingesetzt hat[4]. Hat der Erblasser neben Erben, welche er in verbundener Rede auf dasselbe Ganze berufen hat, auf dieses selbe Ganze noch einen Andern in getrennter Rede berufen, so ist als sein Wille anzunehmen, daß die in verbundener Rede Genannten gegenüber den in getrennter Rede Genannten zusammen eine Einheit bilden sollen, so daß beim Wegfall Eines von ihnen dem Mitgenannten allein anwächst[5]. — In gewisser Weise aber sind die im Testamente Eingesetzten immer, auch wenn ihnen Theile angewiesen worden sind, auf dasselbe Ganze, die Erbschaft, eingesetzt, insofern nämlich nach der positiven Vorschrift des römischen Rechts sich kein Theil dem Testament entziehen kann. Daher findet auch zwischen den sämmtlichen Testamentserben als solchen Anwachsungsrecht Statt, und die Folge davon ist die, daß der ausfallende Theil nicht bloß denjenigen anwächst, welche zur Zeit des Ausfalles noch leben, sondern auch den Erben der (nach dem Erwerbe) Gestorbenen[6]. Bei Soldatentestamenten fällt dieses Anwachsungs-

---

nicht bejaht werden. Denn Justinian schließt sie nicht aus, sondern nennt sie nur nicht, während der Grund, aus welchem er die nicht re Verbundenen ausschließt, ein Vorzugsrecht auch für sie rechtfertigt. Warum aber nennt Justinian sie nicht? Ich halte die Annahme nicht für zu gewagt, daß Justinian an sie gar nicht gedacht habe. S. auch die folgende Note.

[4] Z. B. *Titius heres esto*, *Seius et Maevius heredes sunto*. L. 63 D. de her. inst. 28. 5. „Heredes sine partibus utrum coniunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui coniuncti erant, pertinet, sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio eius pertinet". Dagegen l. 17 §. 1. 2 eod.: — quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur". Vereinigungsversuche bei Vangerow §. 496 Anm. 3 Nr. 4 und den das. Genannten. Für das Justinianische Recht kann es nach l. un. §. 10 C. de cad. toll. 6. 51 (Note 3) nicht zweifelhaft sein, daß die Entscheidung der l. 63 cit. vorzuziehen ist; ja es ist nicht unwahrscheinlich, daß Justinian in seinem Gesetze gerade diesen Fall und den darüber geführten Streit im Auge gehabt hat.

[5] Vgl. Mühlenbruch XLIII S. 318 fg., Vangerow §. 496 Anm. 3 Nr. III. A. M. Sintenis III §. 203 Anm. 14.

[6] L. 26 §. 1 D. de cond. 35. 1, vgl. l. 9 D. de suis et leg. 38. 16. Gälte dieser Satz, welcher allgemein anerkannt ist, nicht, so wäre es möglich, sich das Verhältniß so vorzustellen, daß der ausfallende Theil durch eine nach gesetzlicher Regel nachträglich eintretende Erstreckung der testamentarischen Berufung den Testamentserben zugelegt würde. Jener Satz aber beweist, daß

recht mit der Regel, auf welcher es beruht, weg[7]; ebenso beim heutigen Erbvertrag[8].

2. Bei der Intestaterbfolge werden die sämmtlichen Berufenen zur Erbschaft als demselben Ganzen berufen; daher wächst der Theil eines Nichterwerbenden (wenn nicht successive Berufung eintritt[9]) nicht bloß den Erwerbenden, sondern auch ihren Erben an[10]. Zugleich aber werden im Fall der Stamm- oder Linientheilung zu je einem Stamm- oder Linientheil als demselben Ganzen die zu diesem Stamm und dieser Linie Gehörigen berufen; daher fällt der Erbtheil eines Stamm- oder Liniengenossen nicht an die sämmtlichen anderen Intestaterben, sondern wächst den zu demselben Stamm und derselben Linie Gehörigen bez. ihren Erben ausschließlich an[11].

---

die Auffassung des römischen Rechts die ist, daß jeder auf einen Theil Eingesetzte von allem Anfang an in zweiter Linie zugleich auf den Theil eines jeden Andern mit eingesetzt sei (nicht: eingesetzt sei für den Fall des Ausfalles des Andern — denn das wäre bedingte Einsetzung, welche den Erben des vor Ausfall der Bedingung Sterbenden nicht zu Gute kommen könnte — sondern sofort mit eingesetzt sei), und dieß ist denkbar nur auf Grund der Idee, daß der Bruchtheil der Erbschaft immerhin Erbschaft ist. Wie in jedem Bruchtheil der Erbschaft die Erbschaft erworben wird (§. 602), so liegt in der Einsetzung auf einen Bruchtheil der Erbschaft eine Einsetzung auf die Erbschaft.

7 L. 37 D. de test. mil. 29. 1. „Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem". Vgl. zum Letzteren l. 3 C. eod. 6. 21.

8 Vgl. §. 537 Note 8. — Dasjenige Anwachsungsrecht, welches darauf beruht, daß der Wille des Erblassers direct Mehreren dasselbe Ganze angewiesen hat, fällt bei dem Erbvertrag so wenig weg, wie beim Soldatentestament. Vgl. Beseler Erbverträge II. 1. S. 280 fg., Mühlenbruch S. 366, Unger §. 38 Anm. 2.

9 S. §. 573 Note 5, §. 603 Note 10.

10 L. 9 D. de suis 38. 16. Auch hier wäre, wenn nicht auch den Erben der Erwerbenden anwüchse, es möglich, das Anwachsungsrecht zu construiren ohne Zuhülfenahme der Idee von der Einheit der Erbschaft, und dasselbe einfach aus dem Satze herzuleiten, daß der Erblasser nicht theilweise unbeerbt bleiben könne. Daß aber auch den Erben der Erwerbenden anwächst, beweist, daß alle Berufenen als von Anfang an auf jeden andern Erbtheil, also die Erbschaft, berufen gelten.

11 L. 12 pr. D. de B. P. c. t. 37. 4.

Viertes Kapitel.

Das Rechtsverhältniß des Erben.

I. Im Allgemeinen*.

§. 605.

Der Erbe tritt in das Vermögen des Erblassers und damit in alle einzelne Vermögensrechtsverhältnisse ein, in welchen der Erblasser stand[1]. Und zwar gehen auf den Erben nicht bloß die fertigen Rechtsverhältnisse des Erblassers über, sondern auch die erst in der Entstehung begriffenen[2], und die von dem Erblasser abgegebenen Willenserklärungen sind bindend für den Erben in demselben Maße, in welchem sie es für den Erblasser waren[3]. Kurz, es gilt für den Erben in vermögensrechtlicher Beziehung das Nämliche, was für den Erblasser galt; es hat sich in vermögensrechtlicher Beziehung nicht geändert, als die Person des berechtigten und verpflichteten Subjects[4].

---

§. 605. * Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 3 fg. Arndts RLex. IV S. 17 fg. Köppen §. 1, Schirmer §. 2. Unger §. 40.

[1] S. §. 528 und speciell l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant".

[2] So das Recht und die Verpflichtung aus einer bedingten Willenserklärung (I §. 89 Note 6. 7), das Ersitzungsverhältniß (I §. 181 Num. 1). S. noch II §. 313 Note 7.

[3] L. 1 pr. §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3. „Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte (te) repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori exsistat, idem erit dicendum". L. 73 D. de evict. 21. 2, l. 14 C. de R. V. 3. 32, l. 3 C. de reb. al. 4. 51, l. 14 C. de evict. 8. 45, [vgl. l. 20 D. qui et a quibus 40. 9]. Dieselbe Entscheidung wie für die Eigenthumsübertragung findet sich in den Quellen für die Freilassung. L. 31 D. de lib. causa 40. 12, l. 7 C. eod. 7. 16. Ebenso für die Verpfändung; obgleich hier auch die entgegengesetzte Meinung in den Quellen vertreten ist, l. 41 D. de pign. act. 13. 7 gegen l. 22 de pign. 20. 1. S. darüber I §. 230 Note 9. Vgl. noch II §. 307 Note 9.

[4] L. 59 D. de R. I. 50. 17. „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat". L. 177 pr. eod. S. auch Nov. 48

Jedoch ist dieß nur im Princip wahr. Ausnahmsweise gibt es Rechtsverhältnisse, welche mit der Person des Berechtigten oder Verpflichteten unter- und deßwegen auf den Erben nicht übergehen[5].

Das auf den Erben übergegangene Vermögen führt bei demselben nicht etwa eine besondere juristische Existenz fort, sondern vermischt sich mit seinem übrigen Vermögen zu einer ungetrennten Einheit[6], und daher gehen die Rechte an fremder Sache und die Obligationen, welche zwischen dem Erben und dem Erblasser bestanden, durch den Erbschaftsantritt unter[7]. Durch diese Vermischung ist aber nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Beziehungen das Erbvermögen noch fortwährend als besonderes Vermögen in rechtlichen Betracht kommen kann[8].

---

pr.: — „cum . . nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem" (§ 528 Note 7 Nr. 2).

[5] Persönliche dingliche Rechte, I §. 202 Note 4; persönliche Obligationen, II §. 359, dazu noch II §. 456 Note 14; das Recht aus der Berufung zur Erbschaft, §. 600 Note 1; das Recht aus dem bedingten Vermächtniß, I §. 89 Note 8; persönliche Privilegien I §. 136 Note 4. Ueber Begräbnißstätten und Kirchenstühle s. Glück XI S. 400 fg., Köppen S. 196 fg. — Auch daß der Besitz auf den Erben nicht übergehe, heben die Quellen ausdrücklich hervor (l. 23 pr. de A. v. A. P. 41. 2, l. 30 §. 5 eod.), und es verdient insofern hervorgehoben zu werden, als ja der Besitz sonst so vielfach von seiner factischen Grundlage abgelöst worden ist (I §. 148 g. E.). So ist denn auch andererseits der Nichtübergang des Besitzes auf den Erben geleugnet worden, namentlich von Pfeiffer prakt. Ausführungen I Nr. 15; s. dagegen Mühlenbruch S. 78 fg.

[6] Der Erbe hat nach dem Erbschaftsantritt nicht zwei Vermögen, sondern nach wie vor nur Ein Vermögen. Vgl. Gai. IV. 34 (der Erbe nimmt bei der Verfolgung ererbter Rechte die intentio aus seiner Person), l. 36 §. 2 D. de H. P. 5. 3 (die durch die Beschädigung ererbter Sachen erzeugte actio „ipsius [sc. heredis] propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem". — Zu der Auffassung, daß der Erbe nach dem Erbschaftsantritt zwei verschiedene Vermögen habe („neben einander" oder „in einander", Brinz S. 672), werden diejenigen gedrängt, welche in dem Erben die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortleben lassen. S. die Citate in §. 528 Note 6; außerdem noch Unger §. 40 Anm. 2.

[7] L. 18 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. comm. praed. 8. 4, l. 70 §. 1 l. 84 §. 4 l. 116 §. 4 D. de leg. I° 30; l. 2 §. 18 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 75. 95 §. 2 D. de sol. 46. 3, u. a. m. S. I §. 215 Num. 3. §. 248 Num. 4, II §. 352.

[8] So namentlich bei der hereditatis petitio (§. 611 fg.) und bei dem

Die rechtliche Stellung, in welcher der Erbe sich als solcher befindet, kann man mit einem kurzen Ausdruck Erbrecht[9], wohl auch Erbschaft[10] nennen. Doch empfehlen sich diese Ausdrücke bei ihrer Mehrdeutigkeit[11] als feste technische Bezeichnungen nicht[12].[13]

Erbschaftsvermächtniß (s. Kap. V). S. auch Gai. III. 84: in Folge der Adoption und in manum conventio geht das ererbte Vermögen des Kindes in der Weise auf den Adoptivvater und den Ehemann über, daß diese selbst Erben werden, und daher auch Schuldner der Erbschaftsgläubiger, während sie aus den eigenen Schulden des Kindes nur indirect haften. — Aber das Erbvermögen kommt eben auch nur da als besonderes Vermögen in Betracht, wo das Recht dieß ausdrücklich vorgeschrieben hat; darüber hinaus vermag menschliche Willkür nicht zu bewirken, daß es von dem Vermögen des Erben rechtlich getrennt sei. So namentlich nicht die Willkür des Erben bei der Antretung der Erbschaft. L. 7. §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „In omni successione, qui ei heres exstitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem".

[9] Ius hereditatis, §. 2 I. de reb. corp. 2. 2 (Note 10), vgl. §. 536 Note 3; ius hereditarium, l. 6 pr. D. de relig. 11. 7, l. 37 D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 D. mand. 17. 1, l. 73 D. de evict. 21. 2, l. 91 D. ad leg. Falc. 35. 2.

[10] Es ist nicht sprachwidrig, zu sagen, man habe etwas durch Erbschaft erworben, d. h. eben dadurch, daß man Erbe geworden ist. Vgl. l. 3 §. 2 D. de itin. 43. 19: — „in cuius locum hereditate vel emtione aliove quo iure sucessi"; l. 80 D. de leg. II° 31: — „hereditas heredis res singulas facit". Auch sonst kommt in den Quellen der Ausdruck hereditas in dem Sinne von Erbrecht vor. So versteht namentlich der §. 2 I. de reb. corp. 2. 2 unter hereditas „ipsum ius hereditatis", wofür es in der im Uebrigen ganz entsprechenden l. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8. „ius successionis" heißt (s. auch l. 13 §. 4 D. de A. v. A. P. 41. 2). S. ferner l. 24 D. de V. S. 50. 16 (l. 62 D. de R. I. 50. 17). „Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit". Wie in diese Bedeutung von hereditas die gewöhnliche Bedeutung, in welcher hereditas das Object des Habens bezeichnet, übergeht, zeigt l. 208 D. de V. S. 50. 16. „Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat". Auch in l. 3 pr. §. 1 D. de B. P. 37. 1 wird der Ausdruck bona definirt als „universitatis successio".

[11] Der Ausdruck „Erbschaft" bezeichnet doch vorzugsweise das ererbte Vermögen, und „Erbrecht" erkennt der Sprachgebrauch auch demjenigen zu, welcher zu einer Erbschaft bloß berufen ist. S. §. 536 Note 3.

[12] Die herrschende Auffassung versteht unter Erbrecht das Recht des Erbe Gewordenen, während Köppen und Brinz diesen Ausdruck (und ebenso den römischen Ausdruck hereditas, s. die Stellen in Note 10) als technische Bezeichnung für das Recht des zur Erbschaft Berufenen in Anspruch nehmen. S. §. 536 Note 3.

[13] Im ersten Bande (§. 137 Note 6) ist gesagt worden, das Erbrecht in

II. Rechtsverhältniß des Erben den Gläubigern gegenüber.

A. Rechtswohlthat des Inventars *.

§. 606.

Im Princip haftet der Erbe den Gläubigern der Erbschaft unbedingt, nicht bloß bis zum Belange der Erbschaft[1]. Dieses Princip hat das vorjustinianische Recht, abgesehen von Soldaten[2] und vom Fall des unfreiwilligen Erbewerdens[2a], ungeschmälert durchgeführt, indem es dem Erben überlassen hat, sich gegen den hieraus ihm drohenden Schaden durch Untersuchung der Kräfte der Erbschaft[3], oder, wenn ihm dieß nicht genügt, durch Vertrag mit den Gläubigern[4] sicher zu stellen. Dagegen hat Justinian mit

---

dem hier bezeichneten Sinne sei ein dingliches Recht, ein Recht an der Erbschaft als unkörperlicher Sache. Schon damals ist hinzugefügt worden, der nähere Inhalt dieses dinglichen Rechts sei „das Recht . . . in vermögensrechtlicher Beziehung als Repräsentant des Erblassers behandelt zu werden". Aber wozu frommt es denn, die Vorstellung eines dinglichen Rechts überhaupt aufrecht zu halten? Daß diese Vorstellung eine quellenmäßige sei, wird doch durch die Vindicationsnatur der hereditatis petitio nicht bewiesen (vindicatio in libertatem, filii in potestate), nicht einmal durch das „hereditatem *meam* esse" in der intentio; denn mit dem Ausdruck meus wurde auch der Sohn in der Gewalt vindicirt (l. 1 §. 2 D. de R. V. 6. 1), und wer auf den „dominus hereditatis" der l. 48 pr. D. de her. inst. 25. 5 Gewicht legen wollte, käme am Ende auch zu einem dinglichen Rechte an einem Geschäfte oder einem Processe (dominus negotii, dominus litis). S. auch Brinz S. 655. 667, Unger §. 2 Anm. 14.

* v. Buchholtz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X S. 402 fg. (1837). Heimbach RLex. I S. 809 fg. (1839). Mühlenbruch Fortſ. von Glück XLI S. 355 fg. (1840). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel III. 2 S. 1 fg. (1845). Sintenis III S. 504 fg., Brinz §. 158, Unger §. 42. §. 606.

[1] L. 8 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2: — „hereditas . . quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est". L. 36 D. de bon. lib. 38. 2, l. 10 C. de iure del. 6. 31.

[2] L. 22 pr. §. 15 C. de iure del. 6. 30, §. 6 I. de her. qual. 2. 19.

[2a] L. 1 §. 6. 18 D. de sep. 42. 6.

[3] S. §. 598 Note 5, §. 5 I. de her. qual. 2. 19. — Nahe liegend ist es dabei, daß der Erbe die unbekannten Gläubiger öffentlich auffordert, sich zu melden; aber ausgeschlossen werden die sich nicht Meldenden nicht einmal durch eine etwaige gerichtliche Präclusion. Seuff. Arch. VIII. 155.

[4] Die Gläubiger verzichten auf ihre Forderungen für den Mehrbetrag (l. 7 §. 17 D. de pact. 2. 14, vgl. II §. 358 Note 2), oder sie versprechen

diesem Princip gebrochen; er hat verordnet, daß der Erbe den Gläubigern nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus haften solle, und er hat diese Begünstigung nur an die Bedingung geknüpft, daß den Gläubigern Sicherheit dafür gegeben werde, daß auch wirklich alles in der Erbschaft Vorgefundene zu ihrer Befriedigung werde verwendet werden[5]. Hierauf gelten näher folgende Regeln.

1. Die bezeichnete Sicherheit muß den Gläubigern gegeben werden durch Errichtung eines Vermögensverzeichnisses (Inventars)[6]. Mit dieser Errichtung muß der Erbe beginnen binnen eines Monats nach erlangter Kunde von der Berufung, und er muß das Inventar vollenden binnen zweier anderer Monate[7]. Befindet sich die Erbschaft ganz oder zum größeren Theil an einem andern Orte, so hat der Erbe im Ganzen die Frist eines Jahres vom Tode des Erblassers an[7]. Bei der Errichtung muß ein Notar nebst der nöthigen Anzahl von Zeugen zugezogen, und es muß das Inventar vom Erben unterzeichnet werden[8].

---

dem antretenden Erben Schadloshaltung. Eine römische Form dieses letzteren Vertrages ist das mandatum. S. II §. 412 Num. 2 und l. 32 D. mand. 17. 1, l. 4 pr. D. de exc. doli 44. 4.

[5] L. 22 C. de iure del. 6. 30 vom Jahre 531. Vgl. §. 6 I. de her. qual. 2. 19.

[6] Daher spricht man heutzutage von einem beneficium inventarii, Antretung cum oder sub beneficio inventarii. Es braucht aber nicht etwa bei der Antretung die Erklärung abgegeben zu werden, daß man mit dieser Rechtswohlthat antrete; es genügt die Thatsache der Errichtung eines Inventars. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 154. Liegt andererseits in der Errichtung eines Inventars bereits eine Erbschaftsantretung? Buchholtz S. 407 fg., Mühlenbruch S. 401 fg. Seuff. Arch. VIII. 154.

[7] L. 22 cit. §. 2. 3. Mühlenbruch S. 356 fg. 361, Strippelmann S. 6 fg., Schäffer Arch. f. prakt. RW. V S. 240. 241.

[8] L. 22 cit. §. 2. Bei der Unterzeichnung des Inventars soll der Erbe den Betrag des Vermögens angeben und die Versicherung hinzufügen, „quod nulla malignitate circa eas (sc. res hereditarias) ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant“. Nach Nov. 1 c. 2 §. 1 muß der Erbe, um sich gegen die Vermächtnißnehmer zu sichern (Note 11), auch diese, oder in Abwesenheit derselben drei Zeugen, zuziehen. Vgl. Buchholtz S. 402 fg., Mühlenbruch S. 359 fg., Strippelmann S. 3 unter b. Particularrechtlich tritt heutzutage Inventarisirung durch das Gericht ein auf die Erklärung des Erben hin, cum beneficio inventarii antreten zu wollen, oder auf das Andringen der Gläubiger oder Vermächtnißnehmer. Vgl. Mühlen-

2. Die Wirkung der Errichtung eines Inventars ist zunächst die bezeichnete, daß der Erbe den Gläubigern nicht auf Mehr haftet, als das im Inventar verzeichnete Vermögen beträgt[9]. Neben dem Inventar kann aber vom Erben noch der Manifestationseid verlangt werden, und wird er der Unterschlagung überführt, so haftet er auf das Doppelte[10]. Zu einer Prüfung, ob dem sich meldenden Gläubiger nicht ein anderer besser Berechtigter vorgehe, ist der Erbe nicht verpflichtet; er darf die einzelnen Gläubiger befriedigen, wie sie sich melden, und es ihnen überlassen, ihre Ansprüche unter einander auszugleichen[11]. Während

---

bruch S. 363, Strippelmann S. 3 unter a, Sintenis Anm. 15. Zu weit geht Seuffert §. 572 a. E.; vgl. Brinz S. 679 fg.

[9] L. 22 cit. §. 4.: — „ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant . . et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant . .“. § 5. 7. 12 eod. Dagegen kann er den geschehenen Erbschaftsantritt nicht mehr rückgängig machen, auch nicht mehr innerhalb der Inventarisationsfrist. Vgl. gegen Marezoll Arch. f. civ. Pr. VIII S. 275, Heimbach a. a. O. S. 943 — Buchholtz a. a. O. S. 420 fg., Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXII S. 173 fg., Strippelmann S. 12 fg.

[10] L. 12 cit. §. 10 Srippelmann S. 4 fg., Mühlenbruch S. 409 fg.

[11] L. 22 cit. §. 4—6. 8. Selbst Vermächtnißnehmer darf er vor den Gläubigern befriedigen. Was das Verhältniß der Gläubiger unter sich angeht, so zieht Justinian's Gesetz ausdrücklich nur die vorstehenden Pfandgläubiger den übrigen Gläubigern vor; aber es ist offenbar in seinem Sinne, daß auch die privilegirten Chirographargläubiger das Recht haben sollen, von den gewöhnlichen Chirographargläubigern das ihnen Gezahlte zurückzufordern. Dagegen hat ein gewöhnlicher Chirographargläubiger nicht das Recht, das einem andern gewöhnlichen Chirographargläuber Gezahlte von demselben theilweise zurückzufordern. Für den Fall wo das dem schlechter Berechtigten Gezahlte von demselben wegen Zahlungsunfähigkeit nicht eingetrieben werden kann, wird man nicht zu weit gehen, wenn man den zahlenden Erben für haftbar erklärt, welcher wider besseres Wissen gezahlt hat. Alle Zahlungsbefugniß des Erben hört natürlich auf, sobald über die Erbschaft Concurs erkannt ist, obgleich die Möglichkeit eines Concurses (über die Erbschaft allein, nicht zugleich über das Vermögen des Erben) nicht unbestritten ist. Jedenfalls ist die Ansicht unbegründet, daß die Antretung sub beneficio inventarii ohne Weiteres die Einleitung eines concursähnlichen Verfahrens und die Vertheilung der Masse nach Concursgrundsätzen zur Folge habe. Vgl. überhaupt Buchholtz S. 413 fg., Mühlenbruch S. 367 fg., Strippelmann S. 18. 22. 25 fg., Brinz S. 677. 678. 679, Unger a. a. O. Anm. 14. 17, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II Nr. 46; Seuffert §. 572 a. E., Sintenis Anm. 15, Schäffer Arch. f. prakt. RW. V S. 238 fg.

der Errichtung des Inventars braucht sich der Erbe auf keinen Erbschaftsanspruch einzulassen[12].

3. Eine weitere Wirkung der Inventarerrichtung ist die, daß der Erbe auch für seine eigenen Forderungen gegen den Erblasser Befriedigung verlangen kann[13], wogegen er freilich ebenso in die Masse einzahlen muß, was er dem Erblasser schuldig war[14]. Der Erbe kann ferner abziehen die Kosten der Inventarerrichtung, so wie andere nothwendige Erbschaftsausgaben, z. B. für die Beerdigung des Erblassers und für die Eröffnung des Testamentes[15].

4. Dadurch, daß der Erbe sich eine Ueberlegungsfrist geben läßt, geht er der Rechtswohlthat des Inventars verlustig; er muß jetzt, wenn er Erbe wird, die Erbschaftsschulden trotz der Errichtung eines Inventars zu ihrem vollen Betrage bezahlen[16]. Nichtsdestoweniger muß er auch in diesem Fall ein Inventar errichten, bei Strafe für den Fall wo er Erbe wird[17], daß er die Vermächtnißnehmer voll befriedigen muß[18], für den Fall wo er nicht Erbe wird, daß die Gläubiger, oder wem sonst jetzt die

---

[12] L. 22 cit. §. 11. Mühlenbruch S. 366, Strippelmann S. 18.

[13] L. 22 cit. §. 9. Die Befriedigung darf er sich natürlich aus der Erbschaft selbst nehmen, und er behält das zu seiner Befriedigung Genommene nach denselben Grundsätzen, nach welchen ein fremder Gläubiger das ihm Gezahlte behält. Mühlenbruch S. 371 fg.

[14] Dieß sagt das Gesetz nicht ausdrücklich; aber es ist die natürliche Consequenz der Aufrechterhaltung der Forderungen. In gleicher Weise müssen dingliche Rechte, welche an und für sich durch confusio erloschen wären, zu Gunsten wie zu Lasten des Erben aufrecht bleiben. Vgl. noch Mühlenbruch S. 380 fg., Strippelmann S. 19 fg. — Wenn nun aber in dieser Weise die Wirkungen der confusio ausgeschlossen sind, so darf man doch nicht so weit gehen, zu sagen, daß die Erbschaft dem Erben überhaupt fremd bleibe, nicht sein Vermögen werde. Dieß wird schon dadurch widerlegt, daß das Gesetz ausdrücklich dem Erben die Befugniß gibt, zum Zweck der Befriedigung der Erbschaftsansprüche die Erbschaftssachen zu veräußern, und daß es selbst den Pfandgläubigern nicht gestattet, die veräußerten Sachen von den Erwerbern abzufordern, §. 4. 5. 6. 8 leg. cit., vgl. I §. 249 Num. 3. Mühlenbruch S. 372 fg.

[15] L. 22 cit. §. 9. Mühlenbruch S. 365. 366.

[16] L. 22 cit. §. 14. Mühlenbruch S. 386 fg.

[17] Erbe aber wird er auch, wenn er innerhalb der Frist nicht ausschlägt, l. 22 cit. §. 14 (§. 598 zu Note 7).

[18] Nach l. 22 cit. §. 14 darf er ihnen die Falcidische Quart nicht abziehen, nach Nov. 1 c. 2 muß er sie selbst über den Bestand der Erbschaft

Erbschaft herauszugeben ist, den Bestand der Erbschaft durch ihren Eid bestimmen können[19].

B. Rechtswohlthat der Gütertrennung *.

§. 607.

Wie die Rechtswohlthat des Inventars bestimmt ist, dem Erben Schutz zu gewähren gegen die Ueberschuldung der Erbschaft, so ist die Rechtswohlthat der Gütertrennung bestimmt, den auf die Erbschaft Angewiesenen, Gläubigern oder Vermächtnißnehmern, Schutz zu gewähren gegen die Ueberschuldung des Erben. Gläubiger und Vermächtnißnehmer können nämlich verlangen[1], daß die Erbschaft zunächst ausschließlich zu ihrer Befriedigung verwendet, und erst der Ueberschuß den Gläubigern des Erben hingegeben werde[2]; sie müssen aber zu diesem Ende eine richterliche Verfügung erwirken[3]. Veräußerungen, welche der Erbe nach dieser

---

hinaus befriedigen, und das gilt sogar für Soldaten. Mühlenbruch S. 415 fg. Fritz Arch. f. civ. Pr. XII S. 228 fg.

[19] Wobei aber dem Richter ein Ermäßigungsrecht zusteht. L. 22 §. 14 cit. Mühlenbruch S. 384 fg.

* Dig. 42. 6 de separationibus. Vgl. Heimbach RLex. I S. 917 fg. §. 607.
Sintenis III §. 186, Brinz §. 157, Unger §. 41.

[1] Und zwar schon nach Pandektenrecht.

[2] L. 1 §. 1 l. 6 pr. h. t.

[3] L. 1 pr. 14 h. t., l. 2 C. de bon. auct. iud. 7. 72. Daß der Erbe im Concurs sei, ist Bedingung der Rechtswohlthat der Gütertrennung nicht; nicht einmal Nachweis der Ueberschuldung des Erben ist erforderlich. Seuff. Arch. II. 312, XII. 173, XV. 37. Doch erfordert das letztgenannte Erkenntniß (OAG. zu Rostock) Nachweis, daß der Erbe überhaupt Schulden habe. — Ebensowenig ist erforderlich, daß die Erbschaft überschuldet sei. Ist zugleich sie und das Vermögen des Erben überschuldet, so wird über sie neben dem Universalconcurs ein Particularconcurs eröffnet. Vgl. II §. 272 Num. 2. — Ungegründet ist die Ansicht, daß in der Antretung cum beneficio inventarii zugleich eine Separation der Erbschaft zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer liege. Die Antretung cum beneficio inventarii wirkt nur zu Gunsten des Erben; sie bewirkt, daß er den Erbschaftsgläubigern nicht weiter haftet, als bis zum Belange der Erbschaft. Aber sie macht nicht zugleich die Erbschaft zum ausschließlichen Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger. Vgl. Fritz Arch. f. civ. Pr. XII S. 240 fg., Mühlenbruch XLI S. 378 fg., Arndts RLex. IV S. 20 fg., Sintenis a. a. O. Anm. 4.

Verfügung vornimmt, sind zwar nicht nichtig[4], aber anfechtbar[5]. Die Trennung kann nicht mehr verlangt werden: a) wenn und insoweit der Erbe die Erbschaft in gutem Glauben veräußert oder mit seinem Vermögen vereinigt hat[6]; b) wenn und insoweit die Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, sich an die Person des Erben halten zu wollen[7]; c) nach Ablauf von fünf Jahren[8]. Durch den Tod des Erben wird die Rechtswohlthat der Gütertrennung nicht ausgeschlossen[9]. Reicht die Erbschaft zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, so ist es ihnen nicht verwehrt, sich auch noch an des Erben Vermögen zu halten[10], jedoch nur für den Ueberschuß, der nach Befriedigung der Gläubiger des Erben übrig bleibt[11].

Ein gleiches Recht, wie den Erbschaftsgläubigern in Betreff der Erbschaft, steht den Gläubigern des Erben in Betreff des Vermögens des Erben nicht zu[12].

---

[4] Nichtig ist ja (nach römischem Rechte) nicht einmal die Veräußerung nach eröffnetem Concurs. S. auch l. 1 §. 3 D. h. t., wo zwar gesagt wird daß der Erbschaftsgläubiger demjenigen vorgehe, welchem der Erbe eine Erbschaftssache verpfändet habe, nicht aber, daß dieser kein Pfandrecht habe.

[5] L. 2 h. t. Nach dieser Stelle ist sogar die vor der Separation gemachte Veräußerung anfechtbar, „si . fraudis incurrat suspicio". „Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent".

[6] L. 1 §. 12 l. 2 D. h. t.

[7] Eine stillschweigende Erklärung dieser Art liegt z. B. in der Annahme von Zinsen, eines Pfandes, einer Bürgschaft. L. 1 §. 10. 11. 15. 16 l. 7 h. t., l. 2 C. de bon. auct. iud. 7. 72.

[8] L. 1. §. 13 h. t.

[9] L. 1 §. 7. 8 h. t.

[10] In dieser Beziehung widersprechen sich die Quellen. Den im Text aufgestellten Satz spricht aus l. 3 §. 2 h. t., das Gegentheil sagt l. 5 h. t., so auch l. 1 §. 17 h. t., Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Mayer §. 123 Note 4); sie heben sich also gegenseitig auf. Hiernach haben wir über die vorliegende Frage in den Quellen keine maßgebende Entscheidung, und wir müssen dabei stehen bleiben, daß der Erbe durch den Antritt immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist.

[11] Dieß sagt auch l. 3 §. 2 cit. — Doch können die Erbschaftsgläubiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen, „iustissima scilicet ignorantiae causa allegata", l. 1 §. 17 h. t. Vgl. I §. 118 Note 7.

[12] L. 1 §. 2 h. t.: — „nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem". Vgl. l. 1 §. 5. 6 l. 6 §. 1 h. t.

III. Rechtsverhältniß zwischen Miterben.

A. Theilung der Erbschaft*.

§. 608.

Mehrere Erben haben die Erbschaft gemeinschaftlich[1] nach Bruchtheilen[1a]. Die Aufhebung dieser Gemeinschaft geschieht durch Theilung. Dieselbe kann durch Vertrag bewirkt werden[2]. Sie kann aber auch von dem Richter verlangt werden[3], sei es daß ein Erbe sich der Theilung widersetzt[4] oder die Erben sich über die Art und Weise der Theilung nicht verständigen können, sei es daß die Erben ohne allen Streit einfach die Ausführung der Theilung in die Hand des Richters legen[5]. In allen diesen

---

* Dig. 10. 2 Cod. 3. 36 familiae erciscundae. Cod. 3. 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. Glück XI S. 1—118. Heimbach RLex. III S. 847—856. Sintenis III §. 188, Brinz §. 166—168, Unger §. 43. 44. §. 608.

[1] Miterben stehen in einer communio, wie Miteigenthümer; wie diese eine körperliche, so haben sie eine unkörperliche Sache gemeinsam. S. z. B. l. 31 D. pro socio 17. 2: — „cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata . . aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit . .“. L. 1 pr. D. h. t. (Note 3), l. 51 §. 1 l. 54. 57 D. h. t. L. 4 pr. D. comm. div. 10. 3. „Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis“.

[1a] Vgl. §. 528 Note 5. — Auf einen ungeborenen Miterben rechnet das römische Recht provisorisch drei Theile, in der Annahme, daß möglicherweise Drillinge geboren werden können. L. 3. 4 D. si pars her. 5. 4, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 36 D. de solut. 46. 3.

[2] So z. B. l. 57 D. h. t., l. 1. 5. 17 C. h. t., l. 35 D. de pact. 2. 14.

[3] Actio familiae erciscundae. L. 1 pr. D. h. t. „Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur“. L. 2 pr. D. h. t. „Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas . .“. Ueber den Ausdruck ercisci (hercisci?) vgl. Glück S. 2, Huschke Rhein. Mus. VI S. 280.

[4] Der Miterbe ist zur Theilung verpflichtet, wie der Theilhaber einer jeden Gemeinschaft zur Theilung verpflichtet ist (Note 20). L. 5 C. comm. div. 3. 37. „In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri“. Vertrag oder auch Verbot des Erblassers vermag diese Verpflichtung nicht aufzuheben, nur ihre Erfüllung aufzuschieben. Arg. l. 14 §. 2. 3 D. comm. div. 10. 2. Vgl. II §. 449 Note 12—14.

[5] Es gilt hier das Gleiche, wie bei der Gemeinschaft einer körperlichen

Fällen aber ist die Aufgabe des Theilungsrichters nicht bloß die Theilung im engeren Sinne, sondern die vollständige Auseinandersetzung der Erben.

1. Theilungsmasse ist Alles[5a], was zur Erbschaft gehört[6]; mit Ausnahme a) der Forderungen und Schulden; dieselben sind bereits nach gesetzlicher Regel getheilt[7]. Jedoch ist diese Ausnahme nicht dahin zu verstehen, daß es dem Theilungsrichter verboten wäre, Forderungen und Schulden in das Theilungsverfahren hineinzuziehen, und dieselben, zum Zweck der Ausgleichung oder aus anderen Gründen, einem der Erben allein zuzuweisen[8]. Eine solche Ueberweisung wirkt wie Cession und Schuldübernahme[9]. Ausgeschlossen von der Theilung ist ferner b) was bereits in

---

Sache. Vgl. II §. 449 Note 15. 16 und die Citate daselbst. Unger §. 44 Anm. 4. Seuff. Arch. XXI. 53.

[5a] L. 25 §. 20 D. h. t. „Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere". Paul. S. R. I. 18 §. 2. S. auch l. 16 pr. l. 31 D. h. t.

[6] L. 9—16 pr. §. 3 l. 22 pr. l. 53. 56 D. h. t., l. 9 C. h. t.; l. 25 §. 7. 8 l. 45 D. h. t.; l. 14 pr. l. 54 D. h. t. — Die Praxis verlangt nach Analogie der l. 22 §. 10 C. de iure del. 6. 30 von denjenigen Miterben, welche in der Lage waren, etwas von dem Nachlaß an sich zu nehmen, den Manifestationseid. Glück S. 35. Seuff. Arch. II. 233, VIII. 190, XII 212. 346, XV. 261, XVI. 126, XX. 148.

[7] L. 6 C. h. t. „Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint". L. 4 pr. l. 25 §. 1. 9. 13 D. h. t., l. 9 C. comm. utriusque iud. 3. 38.

[8] L. 3 D. h. t. „Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habent . .". L. 2 §. 5 eod., l. 20 §. 3. 5 eod.

[9] Vgl. II §. 330 Num. 2. §. 338 Note 9. L. 3 cit. fährt fort: „Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est, suo nomine substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt". Nach heutigem Recht macht die richterliche Schuldüberweisung als solche (Consens der Gläubiger vorausgesetzt) den Miterben, an welchen sie geschehen ist, zum Schuldner (II §. 338 Note 9). Vgl. noch l. 1 C. de exc. 8. 36.

anderer Weise unter den Erben getheilt worden ist[10]; c) was seiner Natur nach untheilbar ist[11]; d) was seiner Bestimmung nach ungetheilt bleiben soll[12]; e) Verbotenes und auf verbrecherischem Wege Erworbenes[13]. — Von der anderen Seite müssen unter Umständen von den Erben Stücke ihres eigenen Vermögens mit zur Theilung gebracht werden; hiervon wird im folgenden §. besonders gehandelt werden.

2. Das Theilungsverhältniß bestimmt sich natürlich zunächst durch die Erbtheile der Erben. Es kann aber sein, daß einem Erben gewisse Stücke oder gewisse Beträge aus der Erbschaft zum Voraus gebühren, nach gesetzlicher Regel[14], oder kraft Vermächtnisses des Erblassers[15].

3. Bei der Ausführung der Theilung hat der Theilungsrichter auf die Anordnungen des Erblassers und auf die Vereinbarungen der Parteien Rücksicht zu nehmen[16], im Uebrigen aber

---

[10] L. 1 C. h. t. (Vertrag), l. 44 pr. D. h. t. (actio communi dividundo). Seuff. Arch. IV. 39, XIII. 222.

[11] Vgl. l. 25 §. 9. 10 D. h. t. Ueber die Behandlung von Pfändern s. I §. 226 Note 3. §. 233a Note 1.

[12] L. 4 §. 3 l. 5. 6. D. h. t. (die Testamentsurkunde und andere Erbschaftspapiere), l. 30 D. h. t., l. 4 C. de relig. 3. 44 (Begräbnißplätze).

[13] L. 4 §. 1. 2 D. h. t.

[14] So die Dos, welche dem Gewalthaber für den gewaltunterworfenen Sohn gegeben worden ist, II §. 493 Note 1. S. ferner §. 572 Note 9, auch unten Note 27.

[15] L. 4 pr. l. 22 §. 1 l. 25 §. 22 l. 26. 28 D. h. t., l. 7 C. h. t., l. 17 §. 1 D. de leg. I° 30. S. auch Note 16 unter a.

[16] Was die Anordnungen des Erblassers angeht, so sind zu unterscheiden: a) Anordnungen, durch welche bestimmte Erbschaftsstücke bestimmten Erben zugewiesen werden. Solche Anordnungen sind in der That Vermächtnisse und müssen als solche erfüllt werden, aber, wie alle Vermächtnisse, nur mit Wahrung der falcidischen Quart und des Pflichttheils. L. 20 §. 3. 5. 8 l. 32. 33 D. h. t., l. 10. 16. 21 C. h. t., l. 8 pr. C. de inoff. test 3. 28. [Vgl. Mühlenbruch Forts. v. Glück XLII S. 152 fg., Fein das. XLV S. 227 fg.] b) Anordnungen über die Art und Weise der Theilung im Allgemeinen, daß z. B. öffentliche Versteigerung eintreten solle, oder nicht eintreten solle. Auch über solche Anordnungen wird sich der Theilungsrichter nicht willkürlich hinwegsetzen dürfen; aber ein Recht, ihn zur Befolgung derselben zu zwingen, wenn er sie nicht für angemessen hält, haben die Erben nicht. — Vereinbarungen der Parteien: l. 3 §. 1 D. comm. div. 10. 3, vgl. l. 21 eod.

so zu theilen, wie er glaubt, daß es den wohlverstandenen Interessen der Parteien am Angemessensten ist[17].

4. Zur Auseinandersetzung der Erben gehört außer der Vertheilung des Nachlasses die Erledigung der persönlichen Ansprüche, welche durch die Erbgemeinschaft zwischen den Miterben erzeugt worden sind[18]. Die Erbgemeinschaft begründet nämlich zwischen den Miterben ein Verpflichtungsverhältniß, dessen Inhalt, wie der Inhalt des durch die Sachgemeinschaft zwischen den Miteigenthümern begründeten Verpflichtungsverhältnisses, im Allgemeinen unter freiem richterlichen Ermessen steht[19], welches sich aber im Besonderen darin wirksam erweist[20], daß jeder Miterbe verpflichtet ist, dem anderen zu ersetzen: a) was dieser im Interesse der Erbschaft, oder als Erbe im Interesse des Miterben, aus seinem Vermögen aufgeopfert hat[21]; b) was der Miterbe aus der Erbschaft

---

[17] Vgl. l. 4. §. 1 D. h. t.: „boni . . et innocentis viri officio eum fungi oportet". L. 21 D. comm. div. 10 3. „Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est . . sequi convenit". Im Einzelnen kann der Theilungsrichter hier, wie bei der Sachtheilung, die zu theilenden Objecte körperlich theilen, oder einem Miterben gegen Entschädigung des andern allein zusprechen, oder zur öffentlichen Versteigerung bringen. Er kann auch an den Erbschaftssachen Dienstbarkeiten und Pfandrechte begründen. L. 1 pr. l. 22 §. 1. 2 l. 25 §. 6 l. 30 l. 47 pr. l. 52 §. 2 l. 55 D. h. t, §. 4 I. de off. iud. 4. 17; l. 16 §. 1 l. 22 §. 3 D. h. t., l. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1; l. 14 §. 1 l. 16 pr. §. 2 D. h. t.; l. 29 D. h. t. Glück S. 40—41. 51 fg. 74 fg. Seuff. Arch. I. 98, XI. 60. — Anspruch des Miterben für den Fall, daß das ihm Zugesprochene sich als fremd ausweist: l. 25 §. 21 D. h. t., s. aber auch II §. 449 Note 24. §. 392 Note 3.

[18] L. 22 §. 4 D. h. t. „Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus, atque praestationibus, quae sunt personales actiones". — Es kann sein, daß der Erbtheilungsrichter es bloß mit diesen persönlichen Ansprüchen zu thun hat, wenn nämlich der Nachlaß schon anderweitig vertheilt ist. L. 44 pr. D. h. t.

[19] Die actio familiae erciscundae ist, wie die actio communi dividundo bona fidei. L. 9 C. h. t., §. 28 I. de act 4. 6.

[20] Andere Seiten dieses Verpflichtungsverhältnisses sind bereits in anderen Zusammenhängen hervorgehoben worden: die Verpflichtung zur Theilung (Note 4), die Verpflichtung zur Collation (Text Num. 1 a. E.), S. noch l. 53 pr. D. h. t. — Nicht erzeugt die Erbschaftsgemeinschaft eine neue Verpflichtung zur Leistung des dem Erblasser oder vom Erblasser Geschuldeten. L. 51 §. 1 i. f. D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 171.

[21] Im Allgemeinen: l. 18 §. 1 C. h. t. „In communi . . hereditate

oder als Erbe aus dem Vermögen des Miterben, in sein Vermögen gebracht hat[22]; c) worum er durch seine Schuld die Erbschaft, oder als Erbe das Vermögen des Miterben, geschädigt hat[23]. Schuld ist hier auch Nachlässigkeit, jedoch nur solche, welche in eigenen Angelegenheiten vermieden zu werden pflegt[24]. — Wegen künftiger Verbindlichkeiten dieser Art kann Caution verlangt[25], oder es kann der Miterbe angehalten werden, diejenige Thätigkeit eintreten zu lassen, durch welche das Entstehen einer Verbindlichkeit für ihn vermieden wird[26]; oder es kann wohl selbst der Betrag des eventuell zu Fordernden dem eventuell Berechtigten sofort aus der Erbschaft zuerkannt werden[27]. — Insofern die hier genannten Ansprüche auch nach einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet sind, können sie natürlich nicht bloß bei

---

quin sumtus ab uno facti bona fide familiae erciscundae iudicio . . servari possint, non est ambiguum". L. 18 §. 3 D. h. t., §. 3. 4 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Im Besonderen: a) ein Miterbe erhält durch eine von ihm gemachte Aufopferung die ganze Erbschaft, l. 39 pr. D. h. t.; ein Miterbe erhält der Erbschaft eine einzelne Sache, z. B. durch Zahlung einer Erbschaftsschuld die für die Schuld verpfändete Sache, l. 18 §. 7 l. 25 §. 14 l. 31 D. h. t., l. 18 §. 4 eod. (oder den Sclaven, durch dessen Delict die Schuld entstanden ist, l. 25 §. 15 D. h. t.); ein Miterbe befreit durch Zahlung einer Erbschaftsschuld die Erbschaft von einem Nießbrauch, l. 44 §. 7 D. h. t., durch Zahlung der Vermächtnisse vom Mitbesitz der Vermächtnißnehmer, l. 18 §. 6 l. 25 §. 15 D. h. t.; ein Miterbe schützt die Erbschaft gegen Entstehung einer Verbindlichkeit, l. 25 §. 13 D. h. t., bewirkt für sie die Entstehung einer Forderung, l. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. b) Ein Miterbe erfüllt eine untheilbare Erbschaftsverbindlichkeit, l. 25 §. 10. 11 l. 44 §. 8 l. 49 D. h. t., l. 11 §. 23. 24 D. de leg. III° 32, vgl. l. 18 §. 2 D. h. t.; ein Miterb erfüllt eine theilbare Erbschaftsverbindlichkeit ganz als Selbstschuldner, l. 20 §. 1. 6. 7 l. 25 §. 19 D. h. t., l. 13 C. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Vgl. auch II §. 449 Note 10. 11.

[22] L. 19. 56 D. h. t., l. 9 C. h. t., §. 3. 4 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, §. 4 I. de off. iud. 4. 17, vgl. l. 44 §. 3 D. h. t. Vgl. auch II. §. 449 Note 5. 6.

[23] L. 16 §. 4. 5 l. 17 D. h. t., l. 3. 19 C. h. t., §. 4 I. de off. iud. 4. 17; l. 25 §. 18 D. h. t.; l. 25 §. 12. 13 D. h. t., l. 44 §. 5 eod., l. 5 §. 4 l. 85 §. 3 D. de V. O. 45. 1; l. 25 §. 17 D. h. t.; l. 8 D. de nox. act. 9. 4.

[24] L. 25 §. 16 D. h. t. Vgl. noch l. 45 §. 1 D. h. t.

[25] L. 19 l. 25 §. 10. 13 D. h. t

[26] L. 18 §. 2. 4 l. 44 §. 7 D. h. t.

[27] L. 20 §. 1. 6 D. h. t.

Gelegenheit der Erbtheilung, sondern auch selbständig geltend gemacht werden[28].

5. Die richterliche Erbtheilung braucht nicht nothwendig zwischen allen Miterben zu geschehen[29]. — Ihrer Natur nach geschieht sie nur einmal; ist sie einmal geschehen, so findet in Betreff dessen, was noch etwa ungetheilt geblieben ist, nicht mehr Erbtheilung, sondern nur noch Sachtheilung Statt[30]. — Wird einer der Parteien vom Gegner das Miterbrecht bestritten, so hat natürlich der Theilungsrichter zunächst hierüber zu befinden. Dabei kann aber der Bestreitende, wenn er im alleinigen Besitz der Erbschaft ist, verlangen, nicht ungünstiger behandelt zu werden, als er behandelt worden sein würde, wenn bloß die Klage auf Herausgabe der Erbschaft gegen ihn angestellt worden wäre[31]. — Ist irrigerweise einer Person, welche Erbrecht nicht hat, solches zugeschrieben worden, so ist das Urtheil nichtig[32]. —

---

[28] Es kann begründet sein z. B. actio communi dividundo, negotiorum gestorum, legis Aquiliae, furti etc. Vgl. z. B. l. 16 §. 4. 5 D. h. t. l. 18 §. 1 C. h. t., l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, l. 8 D. de nox. act. 9. 4.

[29] L. 2 §. 4 D. h. t., l. 17 C. h. t. Vgl. den II §. 449 Note 26 citirten Aufsatz von Zimmermann, auch Vangerow II §. 514 Nr. 2. Seuff. Arch. IX. 190 Nr. 1. — Andererseits steht nichts entgegen, daß in demselben Theilungsverfahren mehrere den Parteien gemeinschaftliche Erbschaften zusammengefaßt werden, sollte selbst bei einer derselben noch ein anderer Miterbe vorhanden sein. L. 25 §. 3. 4 D. h. t., vgl. Vangerow II §. 514 Nr. 5 und die Citate daselbst.

[30] L. 20 §. 4 D. h. t. Paul. S. R. I. 18 §. 1. Doch bleiben außerordentliche Fälle vorbehalten, l. 20 §. 4 cit.: — „nisi causa cognita“.

[31] In der That wird in diesem Falle mit der actio familiae erciscundae die hereditatis petitio combinirt. Nach römischem Recht konnte in diesem Falle der Beklagte verlangen, daß vorher die hereditatis petitio als besondere Klage durchgeführt werde; er konnte den Kläger mit der exceptio (praescriptio) si (quod) in ea re praeiudicium hereditati non fiat ganz zurückweisen. L. 1 §. 1 D. h. t. Vgl. über diese Einrede überhaupt §. 616 Num. 1. Die Rücksicht „ne possessor singulis iudiciis vexaretur“ (§. 616 Note 1) fällt hier weg; so ergibt sich das Resultat im Text. Vgl. Sintenis III §. 188 Anm. 2, Unger §. 44 Anm. 6, Planck krit. VJSchr. XI S. 190. Seuff. Arch. IV. 152.

[32] L. 36 D. h. t. Derjenige, welchem irrigerweise Miterbrecht zugeschrieben worden ist, kann sich gegenüber einer nun gegen ihn anzustellenden hereditatis petitio nicht darauf berufen, daß er früher als Erbe anerkannt worden sei. Dieß sagt l. 37 D. h. t. nach der florentinischen Lesart. „Qui

Angefochten werden kann die Erbtheilung, richterliche oder vertragsmäßige, nur aus allgemeinen Gründen[33].

B. Die Collationspflicht*.

1. Die Einleitung.

§. 609.

In gewissen Fällen muß der Erbe, welcher seinen Theil von der Erbschaft haben will, seine Miterben an gewissen Stücken des eigenen Vermögens Theil nehmen lassen; man sagt: er sei verpflichtet zur Collation (zum Beibringen)[1].

Die Collation ist im Allgemeinen bestimmt, eine unbillige Ungleichheit zu beseitigen, welche sonst zwischen den Miterben vorhanden sein würde; im Besonderen zeigt ihre Entwickelung im römischen Recht verschiedene Grundgedanken.

1. Der älteste Fall der Collationspflicht im römischen Recht ist die Collationspflicht der Emancipirten[2], welche neben andern

---

familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem". Streicht man auf Grund der Basiliken das non, so hat die Stelle den Sinn, daß man nicht zu gleicher Zeit die Erbtheilungsklage anstellen, und dem Gegner das Miterbrecht bestreiten könne. Vgl. Vangerow II. §. 514 Nr. 4 und die Citate daselbst.

[33] Es gilt auch für die Erbtheilung das II §. 449 Note 25 Gesagte.

* Dig. 37. 6 de collatione bonorum. 37. 7 de dotis collatione. Cod. §. 609.
6. 20 de collationibus. — Pfitzer über die Collation der Descendenten, 1807 (vgl. über diese Schrift das Urtheil Fein's in der sogleich zu nennenden Schrift S. VI. XVI. XVII). Kämmerer über die Collation der Dos bis zur Verordnung des Kaisers Gordian, Beiträge zur Geschichte und Theorie des römischen Rechts Nr. 7 (1817). Francke Grundzüge der Lehre von der Collation, civil. Abhandlungen Nr. 4 (1826). Arndts RLex. III S. 809—848 (1841). Fein das Recht der Collation, 1842 (das Hauptwerk über die Collation; dazu v. d. Pfordten in Richters Jahrb. VIII S. 865 fg.). Ad. Schmidt (von Ilmenau) das Princip der prätorischen Collation, Jahrb. d. gem. R. IV. 2 (1860). Ders. das formelle Recht der Notherben S. 107—125 (1862). Zimmermann zur Revision der Lehre von der Collation, Arch. f. civ. Pr. LI. 20 (1868). Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 414—444. testamentarisches Erbrecht II S. 204—221. Mayer §. 124—129. Bering S. 559 fg. 651 fg. Keller Institutionen S. 313 fg. Vangerow II §. 515. 517, Sintenis III §. 189, Brinz §. 169—172, Unger §. 45—47.

[2] Man gibt wohl den römischen Ausdruck conferre, collatio wieder durch den deutschen Ausdruck „Einwerfen". Mir scheint dieser Ausdruck nicht empfehlenswerth. Denn er bringt in die Vorstellung die unrichtige Färbung,

in der Gewalt verbliebenen Descendenten zur Erbfolge gelangen. Als der römische Prätor den Emancipirten gleiches Intestat- und Notherbenrecht verlieh, wie den in der Gewalt verbliebenen Descendenten, zog er in Betracht, daß sie andererseits diesen gegenüber einen unbilligen Vortheil haben würden, wenn sie das nach der Emancipation erworbene Vermögen für sich behalten könnten, während ihre Miterben allen Erwerb für den Erblasser, und somit für die Erbschaft, gemacht hätten[3]. Jedoch hat der Prätor diesen Gedanken nicht in abstracter Allgemeinheit durchgeführt: er hat den Emancipirten die Verpflichtung zur Collation nicht unbedingt auferlegt, sondern nur unter der Voraussetzung, daß sie den in der Gewalt verbliebenen Descendenteu etwas nehmen, und nur soweit sie ihnen etwas nehmen[4]. — Emancipirte ihrerseits haben nicht nur keinen Anspruch auf Collation,

---

als müsse das zu Conferirende zuerst mit der Gesammtheilungsmasse vereinigt, und erst durch diese hindurch an den Miterben gebracht werden; was ja anerkanntermaßen nicht richtig ist. Allerdings sprechen die Quellen von in commune conferre, in medium conferre, s. z. B. l. 1 pr. §. 16 D. h. t. (de collatione bonorum 37. 6), l. 4. 21 C. h. t., s. auch l. 17. 19 C. h. t.; aber sie sagen auch, und zwar häufiger: fratri etc. conferre, ja: sibi conferre, s. z. B. l. 1 §. 24 D. h. t., l. 1 §. 16 D. de coniung. 37. 8, und in l. 3 §. 2 D. h. t. wird eine Consequenz aus der Vorstellung des in medium conferre ausdrücklich abgewiesen. Mir scheint der Ausdruck „Beibringen", welcher eine unmittelbare Uebersetzung des römischen Ausdrucks ist, Alles zu leisten, was verlangt werden kann.

[2] Und der ihnen gleich Gestellten. Vgl. §. 577 Note 2. L. 1 §. 14 l. 5 pr. D. h. t., l. 2 D. de dot. coll. 37. 7; l. 5 pr. D. h. t., l. 4 D. de coniung. 37. 8, l. 6 D. si tab. test. nullae 38. 6; Coll. XVI. 7 §. 2. S. auch l. 19 C. h. t.

[3] L. 1 pr. D. h. t. „Hic titulus manifestam habet aequitatem. Cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, paternorum bonorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna". Coll. XVI. 7 §. 2: — „aequissimum putavit, neque eos bonis paternis carere per hoc quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum patrem sint ablaturi suis heredibus". L. 20 §. 1 D. de B. P. c. t. 37. 4. Keine Collation bei testamentarischer Berufung: l. 1. 9 C. h. t.

[4] Unter der Voraussetzung daß, und soweit als sie ihnen durch ihr Erbewerden eine „iniuria", ein „incommodum" zufügen, l. 10 D. h. t., l. 1 §. 13 D. de coniung. 37. 8, l. 1 §. 5 D. h. t. Daher brauchen sie nicht zu conferiren: a) den suis eines andern Stammes, l. 1 §. 3 i. f. l. 3 §. 6

sondern werden auch bei der Collation als Erben nicht mitgerechnet, so daß die collationsberechtigten Descendenten um so viel Mehr erhalten[5].

2. Die Collationspflicht des Emancipirten ist ausgedehnt worden auf die in der Gewalt verbliebene Tochter für ihre Dos, welche sie nach der Regel des Civilrechts mit ihren Geschwistern nicht zu theilen brauchte[6]. Darüber, ob auf diese Collation auch Emancipirte Anspruch hätten, stritten die römischen Juristen; K. Gordian entschied, es müsse ihnen die vom Vater herrührende, nicht eine andere Dos conferirt werden[7].

3. Nach dem Recht der späteren Kaiserzeit müssen Descendenten als solche anderen Descendenten, neben welchen sie erben, gewisse von dem gemeinschaftlichen Ascendenten bei dessen Lebzeiten erhaltene Vermögensstücke conferiren[8]. Der Grundgedanke dieser Collationspflicht ist, daß nicht anzunehmen sei, der Erblasser habe durch die einem Descendenten gemachte Zuwendung

---

i. f. l. 9 D. h. t., l. 1 §. 2 D. de dot. coll. 37. 7, l. 1 §. 13. 17 D. de coniung. 37. 8; b) den enterbten suis, welchen sie Zutritt zur Erbschaft dadurch verschaffen, daß der Eingesetzte aus Furcht vor ihrer bonorum possessio contra tabulas gar nicht antritt, l. 20 §. 1 D. de B. P. c. t. 37. 4; c) den eingesetzten suis, welchen sie durch die von ihnen eröffnete bonorum possessio contra tabulas Mehr verschaffen, als ihren Einsetzungstheil, l. 1 §. 4 D. h. t., l. 3 D. de dot. coll. 37. 7, l. 20 §. 1 D. de B. P. c. t. 37. 4; ist der Erbschaft des eingesetzten suus in der bonorum possessio contra tabulas kleiner als sein Einsetzungstheil, so brauchen sie ihm nur für die Differenz zu conferiren, l. 1 §. 3 D. h. t. d) Ebenso wenig brauchen sie dann zu conferiren, wenn sie im Testament so viel erhalten haben, als ihr Intestaterbtheil beträgt, l. 1 §. 6. 7 D. h. t., l. 3 D. de dot. coll. 37. 7.

[5] L. 1 §. 24 l. 2 §. 5. 7 l. 3 §. 2 D. h. t.

[6] S. Ulp. VI. 6 und die übrigen II §. 499 Note 6 citirten Stellen. Im Einzelnen: a) die Tochter als solche muß conferiren, nicht bloß die emancipirte Tochter, l. 1 pr. §. 8 l. 5 pr. l. 9 D. de dot. coll. 37. 7, l. 4. 5. 8. 14. 16 C. h. t.; b) nicht bei testamentarischer Erbfolge, l. 3. 5 pr. D. de dot. coll. 37. 7, l. 4. 7 C. h. t.; nur denjenigen, welchen sie „iniuriam facit", und soweit sie dies thut, l. 1 §. 2 l. 3 l. 5 pr. D. de dot. coll. 37. 7.

[7] L. 4 C. h. t. Vgl. Schmidt Notherbenrecht S. 124 Note 185, auch Note 178.

[8] Diese neue Collation ist eingeführt worden von K. Leo in l. 17 C. h. t. (a. 467), weiter ausgebildet worden von Justinian in l. 19. 20 C. h. t. und Nov. 18 c. 6.

demselben für den künftigen Erbfall einen Vorzug vor seinen Miterben geben wollen[8a].

Im Justinianischen Recht hat von diesen verschiedenen Fällen der Collationspflicht nur noch der dritte Geltung. Die Collationspflicht der Emancipirten ist zuerst durch die Aenderung des Rechts in Betreff der Rechts- und Erwerbsfähigkeit der gewaltunterworfenen Descendenten in ihrem Umfange sehr wesentlich einschränkt[9], dann durch die neueste Gesetzgebung Justinian's, welche allen principiellen Unterschied in der gesetzlichen Erbfolge zwischen den Descendenten aufgehoben hat, ganz beseitigt worden[10]. Durch die zuerst bezeichnete Aenderung ist

---

[8a] Dieser Grundgedanke macht sich übrigens bereits in der in der vorigen Note genannten Entscheidung K. Gordian's geltend. Vgl. Fein S. 284 fg.

[9] Durch die bezeichnete Rechtsveränderung wurde der Collation des Emancipirten Alles entzogen mit Ausnahme der Zuwendungen von Seiten des Erblassers und des Fruchtertrages des adventicischen Erwerbes. Was die Zuwendungen von Seiten des Erblassers angeht s. l. 17 i. f. C. h. t., und vgl. über eine Schwierigkeit, welche hier einerseits der Satz, daß Zuwendungen des Vaters an das Hauskind durch den Tod des Vaters convalesciren (II §. 516 Note 17), andererseits diesem Satze gegenüber l. 13 C. h. t. macht, Francke S. 228 fg., Arndts S. 817 fg., Fein S. 126 fg., Vangerow S. 383 fg., Schmidt S. 117 Note 161. Dafür, daß der Fruchtgenuß des adventicischen Erwerbes der Collation unterworfen geblieben sei, haben wir kein Zeugniß im Codex, wohl aber in den Basiliken (LXI. 7. 36). Vgl. Vangerow S. 385. 386 und die das. Citirten.

[10] Die Collation der Emancipirten war eine Leistung, mit welcher sich Personen, welche eigentlich keinen Anspruch auf die Erbschaft hatten, den eigentlichen Erben gegenüber die Theilnahme an der Erbschaft erkaufen mußten. Seit Nov. 115 und 118 stehen sich die Descendenten wie alle anderen gesetzlichen Erben in ihrer Erbberechtigung vollständig gleich, und deßwegen kann von einem Preis, welchen einer dem andern für die Theilnahme an der Erbschaft zahlen müßte, keine Rede mehr sein. Es ist zwar kaum anzunehmen, daß Justinian sich diese Consequenz seiner neuen Ordnung des gesetzlichen Erbrechts zum Bewußtsein gebracht habe; aber wenn der Auslegung überhaupt das Recht zusteht, nicht gedachte Gedanken des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen (I §. 22), so findet dieses Recht in dem vorliegenden Falle eine m. E. unzweifelhafte Anwendung. — Man darf das hier gebrauchte Argument nicht so ausdrücken, wie es häufig geschieht: nach der Nov. 118 könne deßwegen von der Collation der Emancipirten keine Rede mehr sein, weil dieses Gesetz ihnen anstatt des prätorischen civiles Erbrecht gegeben habe, (in welcher Gestalt das Argument angegriffen worden ist von Francke S. 224 fg., Arndts S 822 fg., Mayer §. 124 Note 9). Nicht die Verschieden-

zugleich die Collation der Dos, soweit diese Collation nicht bereits durch die allgemeine Collation der Descendenten absorbirt worden war, aufgehoben worden[11].

---

heit der Rechtsquelle, auf welcher das Erbrecht der Emancipirten beruhte, war den Grund ihrer Collationsverbindlichkeit (s. dagegen auch l. 11 C. de leg. her. 6. 58, l. 18 C. h. t.), sondern daß diese Rechtsquelle (was sie nicht nöthig gehabt hätte, und was die kaiserliche Gesetzgebung, als sie cognatischen Enkeln neben suis Erbrecht gewährte, nicht gethan hat) das Eigentlichnicht der Erbberechtigung der neu Berufenen glaubte betonen zu müssen, betonen zu müssen, daß die Emancipirten ihr Erbrecht eigentlich verloren hätten, und daß sie sich daher jedenfalls nicht zu ihrem Vortheil auf die Thatsache berufen dürften, durch welche sie es verloren hätten. — Für ebenso wenig zutreffend halte ich eine andere Fassung des aus der Nov. 118 für die hier vertheidigte Ansicht hergeleiteten Arguments, welche namentlich von Fein S. 138 fg. und Vangerow S. 387 fg. ausgeführt worden ist: die Collationsverbindlichkeit der Emancipirten habe darauf beruht, daß der Prätor sie unter Fiction der fortdauernden Suität berufen habe, und von dieser Grundlage sei ihr Erbrecht durch die Nov. 118 unabhängig gemacht worden. Allerdings heißt es in den Quellen, der Prätor berufe die Emancipirten unter Rescission der capitis diminutio, welche sie erlitten hätten (l. 6 §. 1 D. de B. P. 37. 1, l. 3 §. 5 l. 6 §. 2 D. de B. P. c. t. 37. 4). Aber es scheint mir kein gesunder Gedanke zu sein, daß der Prätor sich durch diese Rescission die Berufung der Emancipirten erst möglich gemacht, dadurch aber auch sich in die Nothwendigkeit versetzt habe, die Consequenzen der Rescission hinzunehmen. Diese Rescission war der formelle Ausdruck dessen, was er wollte, keine Fessel, die er sich auferlegte, und welche ihn gehindert hätte, seinen Entschluß zu gestalten, wie es ihm nach rein sachlichen Gesichtspunkten zweckmäßig erschien. Gegen die hier bezeichnete Auffassung ist im Besonderen gerichtet der oben bei * genannte Aufsatz von Schmidt, und s. namentlich auch Brinz S. 718. 719. — Für die Beseitigung der Collation der Emancipirten im neuesten römischen Rechte ist von jeher die herrschende Meinung gewesen; über ältere Dissentienten s. die Citate bei Francke S. 217 Note 55. S. 226 Note 60; in der neueren Zeit haben sich Francke, Mayer und Vangerow dagegen erklärt. Die Praxis hat, wie allgemein anerkannt wird, unverrückt an der Beseitigung festgehalten. — Eine eigenthümliche Ansicht hat neuestens Schmidt in dem oben citirten Aufsatz S. 120. 121 aufgestellt. Auch Schmidt geht davon aus, daß seit der Nov. 118 die Erbfolge der Emancipirten nicht mehr als ein Unrecht gegen die in der Gewalt verbliebenen Descendenten erscheine; aber er zieht daraus nicht die Consequenz, daß deßwegen ihre Collationsverbindlichkeit weggefallen sei, sondern die Consequenz, daß jetzt ihre Collationsverbindlichkeit unbeschränkt gelte, nicht bloß denjenigen gegenüber, welchen sie durch ihre Erbfolge Unrecht thäten. Mir scheint das Irrige dieser Schlußfolgerung auf der Hand zu liegen. Schmidt stellt die Collation nach der Nov. 118 auf

2. Das Recht der Collation im Einzelnen[1].

§. 610.

1. Verpflichtet zur Collation und berechtigt die Collation zu fordern sind Descendenten als solche[2], welche neben einander zur

---

die Idee, daß es ungerecht sei, wenn der eine Descendent für die Erbschaft erwerbe, der andere für sich. Ich will die innere Berechtigung dieser Idee nicht bestreiten (eine Bemerkung, welche auch in dieser Beziehung Vangerow S. 388 gegen Schmidt macht, trifft nur einen unvorsichtigen Ausdruck desselben, nicht seine eigentliche Meinung); dafür aber, daß man im Sinne des römischen Rechts handle, wenn man sie zur praktischen Geltung bringt, liegt nicht der mindeste Anhalt in den Quellen vor. Der Emancipirte conferirte eben nur denjenigen, die er beschränkte, und cognatische Enkel conferirten gar nicht.

[11] Absorbirt worden war sie, was die dos profecticia angeht. Was die dos adventicia betrifft, so brauchte die Tochter das Kapital derselben nicht mehr zu conferiren, seit auch andere sui das peculium adventicium dem Eigenthum nach für sich erwarben. Den Genuß derselben aber hat sie entweder nie gehabt oder kraft Geschenkes des Vaters. Vgl. Francke S. 190 fg., Arndts S. 286. Hierbei wird noch abgesehen von der Frage, ob Verheirathung der Tochter sich überhaupt mit Fortdauer der väterlichen Gewalt vertrage (II §. 525 Note 20 Num. 3).

§. 610. [1] Für die Collation der Descendenten, welche die Kaisergesetze, auf denen sie beruht, nur in den allgemeinsten Umrissen ordnen, müssen die Grundsätze der alten Collation zur Anwendung gebracht werden, soweit dieselben mit dem Grundgedanken dieser neuen Collation verträglich sind. Die neue Collation erscheint in der kaiserlichen Gesetzgebung nicht als Rechtsinstitut für sich, sondern lediglich als Fortsetzung der alten Collation. Vgl. Fein S. 289 fg. Wenn dieser Schriftsteller den bezeichneten Grundsatz nur mit der Maßgabe zur Anwendung bringen will, daß in allen Fällen, wo bei der collatio emancipati der Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidend gewesen sei, für die neue Collation der Zeitpunkt des Erbschaftsantritts substituirt werden müsse, so verwerthet er auch hier (vgl. §. 609 Note 10) in einer wie mir scheint unberechtigten Weise die Fiction der Suität. Gegen das ganze Princip erklärt sich ohne genügenden Beweis Zimmermann (§. 600*) S. 390.

[2] L. 17 C. h. t. Auch Adoptirte, auch Legitimirte. Auch uneheliche Kinder, welche neben einander erben (§. 574 Num. 3)? Diese Frage darf wohl nicht bejaht werden. Denn auch abgesehen davon, daß in den Gesetzen den liberi naturales die Collationspflicht nirgends auferlegt ist, stellt sich die Erbfolge derselben so sehr als etwas außer der gewöhnlichen Ordnung Stehendes dar, daß es äußerst bedenklich erscheinen muß, die Präsumtion, auf welcher die Collation der Descendenten beruht, auf sie zu übertragen. Vgl. Fein S. 266 fg., Vangerow §. 516 Anm. 2 Nr. I. 5.

Erbfolge gelangen[3]. Ob die Erbfolge nach gesetzlicher Regel eintritt, oder auf Grund eines Testamentes, ist gleichgültig[4]; nur ist im Fall der testamentarischen Erbfolge erforderlich, daß die Eingesetzten auch zur Intestaterbfolge berufen gewesen sein würden[5]. Conferirt werden muß allen miterbenden Descendenten, nicht bloß denjenigen, welche der Collationsverpflichtete beschränkt[6].

---

[3] Wer die Erbschaft ausschlägt, braucht so wenig zu conferiren, wie er Collation verlangen kann. L. 17 C. h. t.; l. 2 §. 5 i. f. l. 3 §. 5 D. h. t., l. 1 pr. l. 4. 8. 9 D. de dot. coll. 37. 7. — Durch Transmission geht mit dem Recht Erbe zu werden auch Collationsrecht und Collationspflicht über. Arndts S. 831, Fein S. 367 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 2 Nr. I. 6.

[4] Daß auch bei testamentarischer Erbfolge conferirt werden müsse, hat Justinian in Nov. 18 c. 6 neu eingeführt. Es sei ja ungewiß, meint er, ob nicht der Erblasser bei der Errichtung des Testaments an die früher gemachte Zuwendung, aus Vergeßlichkeit oder unter dem Einfluß der Todesnähe, nicht gedacht habe. — Muß auch der ex re certa eingesetzte Descendent conferiren? Ja; nach dem §. 553 Note 11 Gesagten. Neuner Heredis institutio ex re certa S. 461 fg. A. M. Fein S. 377 fg. — Auch wenn sich gesetzliche und testamentarische Erbfolge mischen (§. 584 zweite Hälfte, §. 591 Note 12), tritt Collationsverbindlichkeit ein. Das alte Recht schloß sie in diesem Falle consequent aus, l. 6. 7 D. de dot. coll. 37. 7. Vgl. Arndts S. 831 Note 128.

[5] Justinian will offenbar in Nov. 18 c. 6 den Descendenten keine neue Verpflichtung auferlegen, sondern nur die ihnen als Intestaterben obliegende Verpflichtung auf den Fall eines errichteten Testaments erstrecken. So auch die herrschende Meinung, vgl. Arndts S. 832, Sintenis III §. 189 Anm 7, Vangerow §. 516 Anm. 2 Nr. I. 3, und die bei Fein S. 374 Note 3 und Vangerow a. a. O. Citirten; a. M. Fein selbst a. a. O.

[6] In dieser Beziehung darf das Recht der collatio emancipati (vgl. §. 609 Note 4) nicht als fortdauernd angesehen werden. Die Collation des Emancipirten beruhte darauf, daß der Emancipirte als Eindringling angesehen wurde, welcher sein Erbewerden durch Abstreifen eines ihm an und für sich zustehenden Vorzuges erst erkaufen mußte: von diesem Standpunkte aus konnte die Beschränkung, daß er den Kaufpreis auch nur demjenigen zu zahlen brauche, welchem er durch sein Erbewerden etwas nehme, natürlich erscheinen. Dagegen ist der Grundgedanke der neuen Collation, daß zwischen Gleichstehenden keine Ungleichheit durch (gewisse) Zuwendungen des Erblassers begründet werden soll: wenn aber ein Enkel von einem verstorbenen Kinde nur seinem Bruder rc. zu conferiren brauchte, so würde der Oheim nicht weniger zurückgesetzt sein, als wenn sein eigener Bruder rc. eine ihm gemachte Zuwendung für sich behalten könnte, und es würde der Oheim rc. seinerseits einem Stamm zu conferiren haben, von dem er nichts zurückempfinge. So auch die herr-

Sind neben Collationsberechtigten andere nicht collationsberechtigte Miterben vorhanden[7], so dürfen die Letzteren bei Berechnung des Collationsantheils nicht mit gezählt werden[8].

2. Die Collationspflicht tritt nur unter der Voraussetzung ein, daß der Erblasser nicht das Gegentheil angeordnet hat[9]. Auch dann fällt die Collationspflicht weg, wenn durch die Collation der Pflichttheil des Conferirenden verletzt werden würde[10].

3. Gegenstand der Collationspflicht[11] ist nicht jede Gabe des Erblassers[12]; sondern nur: a) die Dos[13]; b) die Eheschenkung

---

schende Meinung, Arndts S. 835 fg., Fein S. 277 fg., und die anderen bei Vangerow §. 516 Anm. 2 Nr. II. 1 Genannten; a. M. Vangerow selbst a. a. O., Mayer §. 125 Anm. 6, Sintenis §. 189 Anm. 17, Brinz S. 717.

[7] Z. B. eine arme Wittwe oder eingesetzte Nichtdescendenten.

[8] Vgl. §. 609 Note 5. Arndts S. 836 fg., Fein S. 281 fg. 380 fg., Vangerow §. 516 Anm. 2 Nr. II. 2.

[9] Nov. 18 c. 6: — „nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem“. Man ist darüber ziemlich einverstanden, daß diesem expressim designare jede unzweideutige Erklärung des Willens, daß der Erbe die Zuwendung im Voraus haben solle, genüge, so wie darüber, daß diese Erklärung keiner Form bedürfe. Vgl. Francke S. 245 fg., Arndts S. 832 fg., Fein S. 394 fg., Sintenis III §. 189 Anm. 12. 13, Holzschuher II §. 89 Nr. 11, Zimmermann S. 420. Seuff. Arch. II. 73.

[10] Es kann durch den präsumtiven Willen des Erblassers kein Effect erzielt werden, welchen sein ausgesprochener zu erzielen nicht im Stande sein würde (§. 582 Note 2). Arndts S. 834, Fein S. 382 fg.

[11] Francke in dem bei * citirten Aufsatz, Arndts S. 837 fg., Fein S. 199 fg. 386 fg.

[12] In früherer Zeit war die Meinung sehr verbreitet, daß im Principe allerdings jede Gabe des Erblassers conferirt werden müsse, und daß die Nichtcollation die Ausnahme bilde. Hauptsächlich gegen diese jetzt ganz aufgegebene Meinung ist die Abhandlung Francke's gerichtet; vgl. auch Arndts S. 837 fg., Fein S. 250 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 3. Wenn das römische Recht die Collation gewisser Zuwendungen deßhalb vorschreibt, weil nicht anzunehmen sei, daß der Erblasser durch dieselben dem Empfänger einen Vorzug vor seinen Miterben habe geben wollen, so enthält es deßwegen nicht den Satz, daß jede Zuwendung conferirt werden müsse, von welcher nicht anzunehmen sei, daß der Erblasser sie dem Empfänger zum Voraus habe geben wollen, und am allerwenigsten enthält es den Satz, daß im Zweifel von einer jeden Zuwendung anzunehmen sei, daß sie nicht zum Voraus habe gegeben sein sollen. Seuff. Arch. XIX. 169; anders noch I. 356, VIII. 276.

[13] L. 17 C. h. t.

und das ihr Entsprechende (II §. 508)[14]; c) ein dem Sohne verschaffter käuflicher Dienst nach seinem gegenwärtigen Werth[15]; d) eine gewöhnliche Schenkung dann, wenn der Erblasser dieß ausdrücklich angeordnet hat, oder wenn von Seiten eines andern Descendenten eine Dos oder Eheschenkung zu conferiren ist, und zugleich weder dieser eine gewöhnliche Schenkung, noch der Empfänger der gewöhnlichen Schenkung eine Dos oder Eheschenkung erhalten hat[16]. — Eine sehr verbreitete Ansicht[17], nach welcher außerdem Alles conferirt werden muß, was der Ascendent dem Descendenten zur Begründung einer selbständigen Wirthschaft gegeben hat, ist theoretisch nicht haltbar[18], hat aber eine feste Praxis für sich[19].

---

[14] L. 17 C. cit. Fein S. 262.

[15] L. 20 pr. C. h. t., s. auch l. 12 C. comm. utr. iud. 3. 38. Fein S. 207 fg. Was die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung angeht, vgl. Fein S. 263 und die Citate §. 581 Note 5.

[16] L. 20 §. 1 C. h. t. Francke S. 206 fg., Arndts S. 838 fg., Fein S. 210 fg. Seuff. Arch. I. 356. — Zu den gewöhnlichen Schenkungen in dem hierher gehörigen Sinne müssen auch die Schenkungen auf Todesfall gerechnet werden; der Collation gegenüber kommt ihre Vermächtnißnatur nicht zur Geltung. Arndts S. 839, Fein S. 226 fg. [A. M. Vangerow II §. 562 a. E.]. — Muß aber auch die Vergeltungsschenkung conferirt werden? Nach dem II §. 368 Note 11 Gesagten allerdings, mit Ausnahme der Schenkung zur Vergeltung einer Lebensrettung. A. M. Arndts S. 842, theilweise Fein S. 223. — Gewährung von Alimenten und Studienkosten ist nur dann Schenkung, wenn sie nicht Erfüllung der Aelternpflicht ist. Arndts S. 842. Seuff. Arch. III. 349, VII. 206, IX. 190, X. 67. — Nicht unter den Begriff der Schenkung im Sinne der l. 20 cit. fallen Gelegenheitsgeschenke. Vgl. l. 194. 214 D. de V. S. 50. 16, l. 31 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 12 §. 3 D. de admin. 26. 7. Fein S. 218. — Vgl. noch Arndts S. 842 lit. c. d. f., Fein S. 221 fg. 229 fg.

[17] Arndts S. 839 fg., Puchta §. 513. b, Sintenis §. 189 Anm. 24, Brinz S. 725, Holzschuher II §. 186 Nr. 9. A. M. Francke S. 222 fg., Fein S. 259 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 3 a. E., Zimmermann S. 394.

[18] Die Gesetze zählen die Collationsgegenstände zu bestimmt im Einzelnen auf, als daß sie eine Ausdehnung ex ratione legis (I §. 22) vertrügen. Auch wurde wenigstens früher die bezeichnete Ansicht nicht sowohl auf den Gesichtspunkt einer liberalen Zuwendung, als auf den Gesichtspunkt eines stillschweigenden Darlehens gestützt. Fein S. 259.

[19] Seuff. Arch. III. 349, IV. 136 (s. auch 127 Note 1), VII. 206, VIII. 276, X. 67. Dawider auch nicht XIV. 151.

4. Enkel ꝛc. müssen nicht bloß die ihnen, sondern auch die ihren Aeltern ꝛc. gemachten Zuwendungen conferiren, soweit dieselben an sie gelangt sind[20]. Die ihnen selbst gemachten Zu-

---

[20] Eine in mehr als Einer Beziehung bestrittene Frage. Abweichend von dem im Text Gelehrten wird behauptet: a) Enkel seien (in Beziehung auf die hier fraglichen Zuwendungen) nicht collationspflichtig bei der Beerbung des Großvaters gegenüber Geschwistern des Vaters, und überhaupt nicht gegenüber andern Enkeln. So, in Beziehung auf beide Punkte, Fein S. 350 351. b) Ferner wird behauptet, die Voraussetzung der Collationspflicht der Enkel sei nicht, daß die den Aeltern gemachte Zuwendung an sie gelangt sei, sondern daß sie Erben der Aeltern geworden seien, oder daß sie Erben der Aeltern geworden seien und zugleich die fragliche Zuwendung an sie gelangt sei, oder auch, es sei keines von Beiden erforderlich. Es wird diese Frage auch wohl verschieden beantwortet, jenachdem Enkel bloß unter sich oder mit Geschwistern ihrer Aeltern erben. Vgl. die Uebersichten bei Fein S. 353 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 2 Nr. I. 6. a, Holzschuher II §. 186 Nr. 5. b, ferner Zimmermann S. 413 fg. c) In neuerer Zeit hat Brinz S. 727 fg. den Satz aufgestellt, daß nach der Nov. 118 Enkel das ihren Aeltern Zugewendete überhaupt nicht mehr zu conferiren brauchen. Es kommt in Betreff dieser Fragen hauptsächlich auf folgende Punkte an. 1) L. 19 C. h. t. schreibt vor, daß Enkel bei Beerbung der Großmutter den Geschwistern ihrer Aeltern die den Aeltern gegebene Dos bez. Eheschenkung bei Beerbung des mütterlichen Großvaters den Geschwistern ihrer Mutter die der Mutter gegebene Dos zu conferiren haben; dagegen schreibt sie nicht vor, daß Enkel auch bei Beerbung des väterlichen Großvaters den Geschwistern des Vaters die dem Vater gegebene Eheschenkung zu conferiren haben. Daß sie dieß Letztere nicht thut, ist, obgleich die Lesart der Stelle bestritten ist, deßwegen vollkommen sicher, weil die Stelle die Collationsverbindlichkeit der Enkel auf gleiche Linie stellt mit dem Drittelabzug bei Vertheilung der Erbschaft, welcher nach damaligem Rechte gegenüber Kindern des Erblassers zwar Enkel von Töchtern immer, und Enkel von Söhnen bei Beerbung der Großmutter, aber gewiß nicht Enkel von Söhnen bei Beerbung des Großvaters traf. Vgl. l. 4 C. Th. de leg. her. 5. 1. In Verbindung mit diesem Drittelabzug war die Collationsverbindlichkeit der Enkel eingeführt worden durch l. 5 C. Th. eod., aber nur für die Dos, welche damals für Nichtemancipirte den einzigen Collationsgegenstand bildete, und nur für den Fall der Beerbung des Großvaters da nach damaligem Recht die collatio dotis nur bei Beerbung eines Mannes eintrat. Die l. 19 cit. stellt nun auf Grund des Leonischen Gesetzes der Dos die Eheschenkung, und dem Falle der Beerbung des Großvaters den Fall der Beerbung der Großmutter gleich; aber die Verbindung mit dem Drittelabzug hält sie fest, und so erscheint auch nach ihr die Collation der Enkel als ein Kaufpreis, welchen dieselben nach Art der Emancipirten in einem Falle zahlen müssen, wo sie eigentlich auf die Erbfolge keinen

wendungen müssen sie auch dann conferiren, wenn sie ihnen vor dem Tode ihrer Aeltern ꝛc. gemacht worden sind[21].

5. Mit dem Zugewendeten selbst müssen die von demselben nach Eintritt des Erbfalls gezogenen Früchte herausgegeben werden[22]. Andererseits kann der Collationspflichtige Ersatz für

---

Anspruch haben, l. 5 C. Th. cit. i. f.: — „quos constat alienae iam familiae esse procreatos". Da nun durch Nov. 118 allen Descendenten ein principiell gleiches Erbrecht gewährt worden ist, so darf nach derselben die l. 19 cit. ebenso wenig noch zur Anwendung gebracht werden, wie die Collation des Emancipirten, und insofern ist also, so weit ich sehe, Brinz vollkommen Recht zu geben. 2) Es bezieht sich aber m. E. l. 19 cit. nur auf den Fall wo Dos und Eheschenkung nicht in die Hand des Enkels gelangt sind. Wenn, was Niemand bezweifelt, l. 19 cit. aus l. 5 C. Th. cit. zu erklären ist, so hatte die letztere Stelle gar keine Veranlassung, für den entgegengesetzten Fall die Collationspflicht des Enkels als etwas Besonderes einzuführen. Denn es steht fest, daß die collatio dotis lediglich als eine Erstreckung der collatio emancipati aufgefaßt wurde, und was die letztere angeht, s. l. 2 pr. D. h. t.: — „igitur sive hereditatem a pater sive legatum acceperit, hoc conferre debebit". Es kommt hinzu, daß nach dem Recht zur Zeit der l. 19 cit. die Dotalforderung regelmäßig gar nicht auf die Erben der Frau überging, vgl. Arndts S. 844. 3) Kommt also l. 19 cit. für unsere Frage gar nicht in Betracht, so muß die Regel der l. 2 D. cit. in Anwendung gebracht werden (Note 1), und wir erhalten den sehr natürlichen Grundsatz, daß der Träger der Collationsverbindlichkeit nicht sowohl die Person ist, als der Stamm, daß aber jeder Vertreter des Stammes das dem Stamme Zugewendete nur so weit zu conferiren hat, als es noch in seinen Händen ist, wie auch die Person das ihr Zugewendete nur so weit zu conferiren braucht, als es noch in ihren Händen ist (Note 24). 4) In früherer Zeit war es sehr gewöhnlich, in dieser Frage mit dem Begriff des Repräsentationsrechts (§. 572 Note 4) zu operiren, wodurch man dann zu einer unbedingten Collationspflicht der Enkel, entweder schlechthin oder doch anderen näheren Descendenten gegenüber, gelangte. Jetzt ist der Begriff des Repräsentationsrechts, wie überhaupt, so auch in seiner Anwendung auf die vorliegende Frage ganz aufgegeben. 5) Die Praxis schwankt, wie die Theorie. S. Seuff. Arch. VIII. 69, X. 187, XI. 163.

21 Die Gesetze machen keinen Unterschied, und die Annahme, daß der Erblasser den Enkeln als Fremden gegeben habe, hat weniger für sich, als die Annahme, daß er ihnen als künftigen Theilhabern des Familienvermögens gegeben habe. Arndts S. 844, Fein S. 362 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 2 Nr. 6 b. A. M. Sintenis III §. 189 Anm. 20 und die das. Genannten.

22 Es brauchen nicht herausgegeben zu werden die vor dem Eintritt des Erbfalls gezogenen Früchte: der Wille des Erblassers, daß der Empfänger durch das Zugewendete keinen Vorzug vor seinen Miterben haben solle, ist anzunehmen bloß für die Substanz des Zugewendeten, nicht für seinen Ertrag

die von ihm auf das Zugewendete gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen verlangen, für die nach Eintritt des Erbfalls gemachten unbedingt, für die früher gemachten so weit sie noch vorhanden sind[23]. Hat der Collationspflichtige das zu Conferirende nicht mehr oder nicht mehr in unversehrtem Zustand, so ist er zum Ersatz verpflichtet, wenn der Verlust durch seine Arglist oder durch eine Nachlässigkeit entstanden ist, welche er in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt[24].

— warum hat er es sonst früher aus der Hand gegeben? Von der andern Seite, wenn die Zuwendung dem Empfänger keinen Vorzug vor den Miterben verschaffen soll, so muß das Zugewendete mit den Miterben getheilt werden von dem Augenblicke an, wo eine Miterbschaft vorhanden ist. Die Quellen enthalten nur eine einzige hieher gehörige Stelle, l. 5 §. 1 D. de dot. coll. 37. 7, und diese Stelle, obgleich sie das Gesagte nicht unmittelbar bewahrheitet, widerspricht auch nicht, wenn man nämlich bedenkt, daß nichts nöthigt, unter der mora, von welcher die Stelle redet, eine mora im technischen Sinne des Wortes (s. g. subjective mora, II §. 276 Note 2) zu verstehen. Doch gehen die Meinungen hier sehr auseinander. Es wird behauptet: a) es trete die Verbindlichkeit, Früchte zu leisten, erst mit dem Erbschaftsantritt ein: b) sie trete erst mit der (eigentlichen) mora ein; c) andererseits, es trete eine mora ex re sofort mit dem Tode des Erblassers ein. Vgl. Arndts S. 841, Fein S. 309 fg. 321 fg.; ferner die Aufsätze von v. Langenn in seinen und Kori's Erörterungen praktischer Rechtsfragen II. 20 (1830), Pfeifer praktische Ausführungen IV. 5 (1836), Guyet Arch. f. civ. Pr. XXI. 5 (1838). Holzschuher II §. 186 Note 15. Seuff. Arch. IX. 191, XVI. 178.

[23] Die Bestimmung der l. 1 §. 5 D. de dot. coll. 37. 7: „Cum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non" hat nur historische Bedeutung; s. l. 8 D. de impens. 25. 1, l. un. §. 5 C. de rei ux. act. 5. 13. Der positive Beweis für das im Text Gesagte liegt in dem Grundsatze: collationem viri boni arbitratu fieri, l. 2 §. 2 l. 5 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 1 D. de dot. coll. 37. 7. Im Besonderen: a) die Collationsberechtigten dürfen sich nicht aus dem Vermögen des Collationspflichtigen bereichern wollen; b) nach Eintritt des Erbfalls darf der Collationspflichtige die Verwendungen nach denselben Grundsätzen abziehen, nach welchen er die auf eine fremde Sache gemachten Verwendungen abziehen könnte. S. aber was die nützlichen Verwendungen angeht I §. 195 Note 7, und vgl. überhaupt Fein S. 331 fg. (welcher Schriftsteller übrigens hier, wie bei der Früchteerstattung, nicht auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern auf den Zeitpunkt der Erbschaftsantretung gesehen wissen will, s. darüber Note 1).

[24] Der Emancipirte haftete wegen culpa erst nach Eintritt des Erbfalls, l. 1 §. 23 l. 2 §. 2 D. h. t.; aber Nov. 97 c. 6. stellt für die Collation der Descendenten den Grundsatz der unbedingten Verhaftung wegen culpa auf.

6. Ein directer Zwang zur Erfüllung der Collationsverbindlichkeit findet nicht Statt; die Folge ihrer Nichterfüllung ist nur die, daß der Collationspflichtige seinen Erbtheil an die Collationsberechtigten verliert[25]. Es genügt aber zur Erlangung des Erbtheils schon Versprechen der Collation unter Bestellung gehöriger Sicherheit[26]. Ausgeführt wird die Collation durch Naturaltheilung[27] oder durch Ersatz im Werth[28], welche letztere

---

Die Annahme Fein's, daß diese Stelle nur von culpa lata zu verstehen sei, ist willkürlich. Fein S. 313 fg., Arndts RLex. S. 840 fg. und Pand. §. 530 Anm. 2. Die Milderung der dilegentia quam suis muß dem Miterben auch hier, wie bei dem Miterbenverhältniß überhaupt (§. 608 Note 24), zu Gute kommen. Fein S. 98 fg.; s. aber auch Schmidt S. 118 Note 164. — Ganz vereinzelt steht die neuerdings von Zimmermann S. 400 fg. aufgestellte Behauptung, daß der Collationspflichtige unter allen Umständen den Werth des Empfangenen conferiren (sich anrechnen lassen) müsse. In Nov. 97 c. 6, meint dieser Schriftsteller, sei nicht von Präſtation von culpa die Rede; „sondern Justinian motivirt nur seine Entscheidung durch den Umstand, daß sich die Frau, welche wegen ihrer Dos mit so großen Privilegien ausgestattet sei, den Nachtheil selbst zuzuschreiben habe (sibimet culpam inferat)"!

[25] So war es bei der collatio emancipati und der collatio dotis, und die Kaisergesetzgebung hat in dieser Beziehung nichts Neues bestimmt. L. 1 §. 10. 13 l. 2 §. 8. 9 l. 3 pr. D. h. t., l. 11. 12. 16 C. h. t. (nicht entgegen l. 1 pr. D. de dot. coll. 37. 7, Fein S. 168). Arndts S. 812. 825 fg. 845. 847 fg., Fein S. 105 fg. 167 fg. 295 fg., Schmidt S. 119 fg., Brinz S. 732 fg., Vangerow II. §. 515 Anm. Nr. 6 a. E., Zimmermann S. 410. 422 fg. [Wolff Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 278 fg.] Die früher herrschende Meinung nahm directen Zwang zur Collation an, Fein S. 295 fg., und so auch jetzt noch Sintenis §. 189 Anm. 4.

[26] L. 1 §. 9. 10. 11. 13 l. 2 § 9 l. 5 §. 1 D. h. t. Arndts S. 812 fg. 825. 845, Fein S. 86 fg. 164. 297 fg., Schmidt S. 110. 117 fg. — Gewährt das beneficium inventarii Schutz gegen die Erfüllung des Collationsversprechens? Fein S. 335 fg., Vangerow II §. 516 Anm. 4, Zimmermann S. 411.

[27] L. 1 §. 11 D. h. t. „Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est . .".

[28] L. 1 §. 12 D. h. t. „Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri. Idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit". L. 5 C. h. t.

dem Collationspflichtigen nach billigem Ermessen des Richters zu gestatten ist[29].

IV. Rechtsverhältniß bei Vorenthaltung der Erbschaft*.

Einleitung.

§. 611.

Dadurch, daß dem Erben die Erbschaft von einem Dritten ganz oder theilweise vorenthalten wird, entsteht für den Erben ein Anspruch auf Herausgabe des Vorenthaltenen. Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so steht dem Erben die Erbschaftsklage zu (I §. 122). Was von diesem Anspruch und dieser Klage Besonderes zu sagen ist, hat seinen Grund hauptsächlich darin, daß es eben Erbschaft ist, was vorenthalten wird: Anspruch und Klage sind begründet durch Vorenthaltung von Erbschaft, und sind gerichtet auf Herausgabe von Erbschaft[1]. Es

---

[29] Auszugehen ist davon, daß der Collationsanspruch zunächst auf Herausgabe in natura gerichtet ist; l. 1 §. 12 D. h. t. setzt Vereinbarung der Parteien voraus, l. 5 C. h. t. spricht von einem besonderen Fall. Aber wenn die Collation arbitratu boni viri geschehen soll (Note 23), so wird dem Collationspflichtigen die Wertherstattung nicht verweigert werden dürfen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent anbietet, und der Collationsberechtigte nicht ein besonderes Interesse an der Herausgabe in natura nachweisen kann. Die Meinungen sind hier verschieden. Vgl. Arndts S. 845, Fein S. 298 fg. (welcher, gewiß mit Unrecht, die Frage durch Nov. 97 c. 6 zu Gunsten der Wertherstattung für erledigt hält, ebenso im Wesentlichen Zimmermann Arch. f. civ. Pr. LI S. 395 fg.), Sintenis III §. 189 Anm. 34. — Bei der Collation durch Wertherstattung ist der gegenwärtige Werth des Collationsgegenstandes zu Grunde zu legen. L. 20 pr. C. h. t. enthält ein ius singulare, vgl. l. 30 §. 2 C. de inoff. 3. 28. Arndts S. 846 fg., Fein S. 304 fg.

§. 611. * Dig. 5. 3 de hereditatis petitione. Cod. 3. 31 de petitione hereditatis. — Glück VII S. 491—572. VIII S. 1—20 (1804. 1807). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 1 (1833). Fabricius Rhein. Museum IV. 5 (1833). Arndts Beiträge Nr. 1 (1837). Roßhirt testamentarisches Erbrecht II S. 1 fg. (1840). Arndts RLex. V S. 207—238 (1844). Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXIX. 6. 15 (1846). Francke Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione (1864). Mayer §. 130—133, Vangerow II §. 506—508, Sintenis III §. 190—192, Brinz §. 159—165, Unger §. 50—53.

[1] Daher dürfen die Quellenstellen, welche von dem einen dieser Punkte

empfiehlt sich übrigens, hier wie beim Eigenthumsanspruch (I §. 193 fg.), des Näheren zuerst von dem Gegenstand[2] des Anspruchs und dann erst von seinen Voraussetzungen zu handeln[3].

A. Gegenstand des Erbschaftsanspruches.

§. 612.

1. Der Erbschaftsanspruch geht zunächst auf Herausgabe dessen, was der Gegner als Erbschaft besitzt. Zur Erbschaft gehören aber nicht bloß die Sachen, welche im Eigenthum des Erblassers gestanden haben, sondern auch diejenigen, welche er in redlicher Weise erworben hat, sowie diejenigen, an welchen ihm ein zum Besitz befugendes dingliches Recht an fremder Sache zustand, oder ein Retentionsrecht, und selbst solche, welche er nur inne-

---

handeln, auch für den anderen verwerthet werden. Vgl. Arndts Beiträge S. 29.

[2] Dieser Ausdruck ist besser, als der Ausdruck Inhalt, welcher beim Eigenthumsanspruch in der früheren Auflage gebraucht war. Vgl. II §. 252 Note 1. §. 262 Note 1.

[3] Die hereditatis petitio ist eine vindicatio hereditatis, wie die rei vindicatio eine vindicatio rei ist. Gai. II. 20. IV. 17, l. 8 D. h. t., l. 19 i. f. D. de inoff. 5. 2, u. a. Stellen m. Man streitet aber darüber, ob es die hereditas im objectiven Sinne (der Nachlaß) oder die hereditas im subjectiven Sinne (das Erbrecht) sei (vgl. §. 536 Note 3, §. 605 Note 10), welche mit der hereditatis petitio in Anspruch genommen werde. Für die letztere Auffassung Arndts Beiträge S. 15 fg. Pand. §. 531 Anm. 2, unter Zustimmung Vieler; für die erstere Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio und der erbschaftlichen Singularklagen S. 13 fg., Francke S. 2, Brinz S. 682. Unger (§. 50 Anm. 2) hat diesen Streit einen müssigen genannt, und in der That werden praktische Consequenzen aus den entgegenstehenden Ansichten nicht gezogen. Wenn man aber nach dem Zusammenhang der Begriffe fragt, so scheint es mir doch unbestreitbar, daß den Römern in der hereditatis petitio die hereditas als Sache erschienen ist, wie als Gegenstand der rei vindicatio die körperliche Sache. Man lese nur Gai. IV. 17, wo die hereditas als Vindicationsgegenstand mit columna, grex, fundus, aedes auf ganz gleiche Linie gestellt wird. Freilich besteht diese Sache, welche den Gegenstand der hereditatis petitio bildet, aus Rechten, und von diesen Rechten behauptet der Kläger, daß sie sein seien, nicht als diese einzelnen, sondern als von einem Verstorbenen hinterlassene; er behauptet also, daß die von einem Verstorbenen hinterlassenen Rechte sein seien, oder mit anderen Worten, daß

hatte, für welche er aber haftete und jetzt der Erbe haftet[1]. Auch was der Besitzer selbst dem Erblasser schuldig war oder der Erbschaft schuldig geworden ist, gehört zur Erbschaft[2]. Ferner gehört zur Erbschaft, was für die Erbschaft angeschafft worden ist[3], und was an die Stelle von Erbschaftssachen getreten ist[4]. Endlich gehört zur Erbschaft auch, was von Erbschaftssachen gewonnen worden ist[5].

2. Der Erbschaftsanspruch geht möglicherweise auch auf Ersatz für das früher als Erbschaft Besessene[6]. In dieser Beziehung

---

er Erbe des Verstorbenen sei. Aber auch bei der rei vindicatio ist die Behauptung des Klägers, daß die Sache sein sei, nur ein anderer Ausdruck für die Behauptung, daß das Eigenthumsrecht an der Sache sein sei, und doch sagt Niemand, die rei vindicatio sei nicht rei, sondern dominii vindicatio. — Eine praktische Bedeutung würde die Arndts'sche Ansicht nur dann haben, wenn aus ihr die Consequenz gezogen werden wollte, daß die Erbschaftsklage auch angestellt werden könne ohne thatsächliche Vorenthaltung der Erbschaft bei bloß wörtlicher Bestreitung des Erbrechts, und diese Consequenz ziehen ihre Anhänger aus derselben nicht. Uebrigens darf m. E. diese Frage nicht unbedingt verneint werden. Vgl. I §. 45 Note 8, und s. auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 85.

§. 612. [1] Für das bis hierher Gesagte vgl. l. 18 §. 2 l. 19 pr. §. 2 D. h. t., l. 41 §. 1 D. h. t. Francke S. 203 fg. Seuff. Arch. XIV. 147, XVIII. 93.

[2] L. 13—16 pr. §. 3 D. h. t.

[3] Nicht was zwar mit Erbschaftsgeld, aber nicht für die Erbschaft angeschafft worden ist. L. 29 pr. §. 1 D. h. t.

[4] Kaufpreise, Zahlungen von Schuldnern, Abfindungen im Processe, Ansprüche aus Verlust oder Beschädigung von Erbschaftssachen. L. 16 §. 1. 2. 4. 5. 7 l. 20 §. 3 l. 22 l. 23 §. 1 l. 25 pr. §. 18 l. 30 l. 31 §. 5 l. 34 §. 1 l. 35 l. 40 §. 2 D. h. t.; vgl. l. 24 eod. (Francke S. 264 fg.).

[5] Namentlich also Früchte im engeren Sinne, Pacht- und Miethgelder, Zinsen, (partus acillae, Sclavenerwerb). L. 13 §. 7 l. 20 §. 3 l. 25 §. 20 — l. 30 l. 40 §. 1 l. 52. 55. 56 D. h. t., vgl. l. 20 §. 18 l. 24 D. h. t. Francke S. 214 fg. 313 fg. [Göppert organische Erzeugnisse S. 127 fg.]

[6] Ueber diesen Punkt sind Bestimmungen getroffen worden durch einen Senatsschluß aus der Regierungszeit K. Hadrian's (129 n. Chr.), das s. g. SC. Iuventianum, dessen Wortlaut in l. 20 §. 6 D. h. t. berichtet ist. Jedoch enthält dieser Senatsschluß nicht ausschließlich neues Recht, sondern wiederholt theilweise Sätze, welche bereits durch die Doctrin und Praxis ausgebildet worden waren. Francke S. 225. 226. — Seinem Wortlaute nach bezog sich dieser Senatsschluß nur auf die caducorum vindicatio durch den Fiscus; aber er ist unbedenklich auf die hereditatis petitio überhaupt ausgedehnt worden. L. 20 §. 7—10 D. h. t., l. 1 pr. C. h. t.

ist zu unterscheiden, ob der Verlust vor oder nach der Ladung[7] eingetreten ist, und ob der Besitzer in gutem oder bösem Glauben war[8]. Nach der Ladung haften alle Besitzer wegen Arglist und Nachlässigkeit[9], der bösgläubige Besitzer auch wegen Zufalls[10]. Vor der Ladung steht der bösgläubige Besitzer ein für Arglist[11] und Nachlässigkeit[12], während der gutgläubige Besitzer, welcher den Besitz verloren hat, nur soweit verhaftet bleibt, als er noch bereichert ist[13]. Daher haftet er namentlich nicht für das, was er

---

[7] Vorausgesetzt daß dieselbe auch zur Kenntniß des Besitzers gekommen ist. L. 20 §. 6 i. f. 11 l. 25 §. 7 D. h. t. Vgl. I §. 126 Note 5. Francke S. 235 fg.

[8] L. 20 §. 13 l. 25 §. 3. 5. 6 D. h t.

[9] Auch der gutgläubige Besitzer: derselbe, sagen die Quellen, komme durch die Ladung in mala fides. L. 20 §. 11 l. 25 §. 7 l. 31 §. 3 D. h. t. Ueber diesen zu weit gehenden Ausdruck s. I. §. 124 Note 5.

[10] L. 40 pr. D. h. t. Ueber die diesem Satz hinzuzufügende Beschränkung s. I §. 124 Note 9, II §. 280 Num. 2. Francke S. 359 fg.

[11] L. 20 §. 6 l. 25 §. 2. 9 l. 13 §. 2 D. h. t. Dieser Satz steht im Senatsschlusse; aber es ist nicht unwahrscheinlich, daß er schon früher gegolten habe Francke S. 149 fg. 270.

[12] L. 25 §. 2 l. 31 §. 3 l. 54 §. 2 D. h. t., vgl. l. 20 §. 4 l. 36 §. 2 eod. Speciell über den Fall der Nichteinziehung von Erbschaftsforderungen s. l. 25 §. 2 l. 31 §. 4 D. h. t. und dazu Francke S. 276 fg. — Nach dem I §. 193 Note 13 Gesagten kann aber der bösgläubige Besitzer wegen Nachlässigkeit bloß dann haftbar gemacht werden, wenn er trotz des Besitzverlustes noch fortfährt, Erbschaft zu besitzen, nicht wenn er alles Besessene verloren hat. — Gegen die Meinung, daß der bösgläubige Besitzer (vor der Ladung) auch für Zufall hafte (so neuerdings auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 184 fg.), vgl. I §. 193 Note 13, s. Francke S. 256 fg. 274, Unger §. 52 Note 8, Arndts Pand. §. 533 Anm. 3 (gegen RLex. V S. 224).

[13] L. 20 § 6 D. h. t.: — „eos . . qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat (sc. condemnandos), quo locupletiores ex ea re facti essent". L. 25 §. 11 D. h. t. „Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt; plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus hoc esset permutationis". Je mehr die Bereicherung schwindet, desto mehr mindert sich auch die Verhaftung des redlichen Besitzers, und so ist der ent-

aus der Erbschaft verzehrt hat, er müßte denn dadurch sich Ausgaben aus dem eigenen Vermögen erspart haben[14]; hat er Erbschaftssachen verkauft, so braucht er nur herauszugeben, was vom Kaufpreise an ihn gelangt und bei ihm geblieben ist[15]; hat er Erbschaftsgeld ausgeliehen, so ist er frei, wenn er das dadurch erworbene Forderungsrecht herausgibt[16]. In allen anderen Fällen, in welchen der Erbschaftsbesitzer auf Ersatz haftet, muß er dem Erben sein volles Interesse leisten, welches dieser im Fall der Arglist nach allgemeinen Grundsätzen durch seinen Eid bestimmen kann[17]. Nur wenn eine Erbschaftssache im Interesse der Erbschaft selbst veräußert worden ist, braucht auch hier bloß das für dieselbe Erlangte herausgegeben zu werden[18], wie umgekehrt das

---

scheidende Zeitpunkt schließlich der des Urtheils (natürlich vorausgesetzt daß der redliche Besitzer nach dem Proceßbeginn seine Pflicht erfüllt hat). L. 36 §. 4 D. h. t. Francke S. 353 fg.

[14] L. 25 §. 12—16 D. h. t.

[15] L. 20 §. 17—20 l. 23—l. 25 §. 1 D. h. t., l. 16 §. 5 l. 18 pr. eod. Hat er die Sache später zurückgekauft, so muß er neben der Sache auch den beim Verkauf und Wiederkauf gemachten Nutzen herausgeben. L. 22 D. h. t. Francke S. 258 fg. — Selbst indirect soll der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des bereits verzehrten Kaufpreises nicht genöthigt werden können; deßwegen wird in diesem Fall dem Erben die rei vindicatio gegen den Käufer versagt, wenn dieser einen Rückgriff gegen den Erbschaftsbesitzer hat. L. 25 §. 17 D. h. t. Freilich ist es nicht allgemein anerkannt, daß diese Stelle den bezeichneten Satz enthält; vgl. darüber I §. 186 Note 16 und überhaupt Arndts RLex. V S. 228 fg., Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 213 fg., Dernburg (§. 611 Note 3) S. 85 fg., Francke S. 154 fg. 302 fg., Sintenis III §. 191 Anm. 16, Vangerow II §. 508 Anm. Nr I. 3. Mommsen in seiner Pandektenausgabe, welcher die unbestreitbare Lesart „nisi" nicht anficht, äußert jetzt die Vermuthung, die Worte nisi . . habent" seien nicht von Ulpian; auch das ist nur Nothbehelf gegenüber der vermeintlichen Unerträglichkeit des Inhalts der Stelle. In dieser Beziehung bemerke man noch: die Stelle sagt unbestritten, daß der Erbe keinen Anspruch gegen den Käufer (der Käufer gegen den Erben eine Einrede) habe, wenn der Kaufpreis an den Erben gelangt sei, möge auch der Kaufpreis dem Werth der Sache nicht entsprechen: auch hier entnimmt der Käufer seine Vertheidigung aus dem Verhältniß des Erben zum Erbschaftsbesitzer.

[16] L. 30 D. h. t. Francke S. 318 fg.

[17] L. 20 §. 21 l. 25 §. 10 D. h. t.

[18] L. 20 §. 1. 2 l. 33 §. 1 l. 53 D. h. t., l. 20 §. 12. 16 eod., l. 5 pr. eod.

für eine veräußerte Erbschaftssache Erlangte unter allen Umständen und selbst dann herausgegeben werden muß, wenn aus dem Gesichtspunkt der Interesseleistung ein Anspruch gegen den Besitzer nicht oder nicht in dieser Höhe zu begründen wäre[19]. — Wie im Falle des Besitzverlustes, haftet der Besitzer auch im Falle der Verschlechterung des Besessenen[20].

3. Wegen nicht gezogener Früchte, die ein ordentlicher Mann gezogen haben würde, haftet der unredliche Besitzer von Anfang an[21], der redliche nach der Ladung[22], der unredliche nach der Ladung auch für die höheren Früchte, welche der Erbe nach

---

[19] Aus dem Gesichtspunkt der Interesseleistung ist ein Anspruch auf den erzielten Kaufpreis ꝛc. gegen den unredlichen Besitzer (und gegen den redlichen nach der Ladung) nicht zu begründen, wenn der Verlust der Erbschaftssache auch ohne die Veräußerung eingetreten sein würde, — „si . . res . . eo modo interierit, quo esset interitura, et si eadem causa possessionis mansisset“, l. 36 §. 3 D. h. t. S. auch l. 33 §. 1 eod.; l. 25 §. 8 D. h. t. („sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non exstet, locum habebit haec clausula“) nimmt auf den hier bezeichneten Fall keine Rücksicht. Die Interesseforderung geht nicht auf die Höhe des erzielten Kaufpreises, wenn die Sache zu theuer verkauft worden ist, oder wenn sie inzwischen in einer Weise schlechter geworden ist, wie sie auch ohne den Verkauf schlechter geworden sein würde, l. 36 §. 3 D. h. t., vgl. l. 22 eod. Daß aber der erzielte Kaufpreis unter allen Umständen herausgegeben werden muß, dafür l. 36 §. 3 l. 33 §. 1 l. 18 pr. D. h. t., l. 20 §. 12. 16 D. h. t., vgl. auch l. 22 D. h. t. Als Grund dieses Satzes wird in l. 36 §. 3 cit. angegeben, daß der unredliche Besitzer nicht in einer besseren Lage sein dürfe, als der redliche, vgl. auch l. 28 l. 33 §. 1 eod. Aber der entscheidende Grund ist dieß nicht; sonst müßte der unredliche Besitzer den Kaufpreis auch nur soweit herausgeben, als er ihn noch hat, und s. l. 18 pr. D. h. t. Der eigentliche Grund ist, daß der Kaufpreis an Stelle der verkauften Sache getreten und dadurch Erbschaft geworden ist (Note 4), l. 22 D. h. t., vgl. l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4. Deßwegen haftet der unredliche Besitzer auf den Kaufpreis nach Wahl des Erben auch wenn er die Sache später wiedererworben hat, l. 22 cit. — Hat der unredliche Besitzer zu wohlfeil verkauft, so soll er nach l. 20 §. 21 D. h. t. auf „verum pretium“ haften. Francke S. 254 bezieht diese Stelle auf den Fall, wo bei Nichtveräußerung die Sache dem Erben nicht verloren gegangen sein würde, und versteht daher unter dem „verum pretium“ das (durch Schätzungseid zu bestimmende) Interesse. Ich glaube nicht, daß der Gegensatz des in der Stelle unmittelbar Vorhergehenden diese Erklärung zuläßt.

[20] L. 31 §. 3 l. 54 §. 2 D. h. t.

[21] L. 25 §. 4 l. 20 §. 2. 12 D. h. t., §. 2 I. de off. iud. 4. 17.

[22] L. 1 §. 1 C. h. t., §. 2 I. cit.

seiner besonderen Lage hätte ziehen können[23]. Für Zinsen[24] gilt das Gleiche, wie für die Früchte im engeren Sinne, nur daß der unredliche Besitzer vor der Ladung für nicht gezogene Zinsen nicht einsteht[25].

B. Gegenansprüche.

§. 613.

Rententionsweise geltend zu machende Ansprüche erwachsen dem Besitzer:

1. aus Verwendungen, welche er auf Erbschaftssachen gemacht hat. Und zwar kann der gutgläubige Besitzer alle Verwendungen in Anrechnung bringen[1], der bösgläubige nur die nothwendigen und nützlichen, und nur insoweit dieselben noch jetzt vorhanden

---

[23] Nach dem Gesichtspunkt des Verzuges. Vgl I §. 124 Note 6; a. M. auch Francke S. 283 fg.

[24] Francke S. 227 fg. 272 fg. 393 fg.

[25] Es kann ihm nicht zur Schuld angerechnet werden, daß er das Geld, welches er in Händen hatte, nicht zinsbar angelegt hat, da er die Anlage auf seine Gefahr hätte machen müssen; er darf nicht Erbschaftsgeld in einer dafür eingetauschten Forderung herausgeben wollen. L. 62 pr. D. de R. V. 6. 1. „Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non atti[n]git, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur“. L. 20 §. 14 D. h. t. Francke S. 272 fg. Nach der Ladung haftet der unredliche Besitzer für nicht gezogene Zinsen aus dem Gesichtspunkt des Verzugs; er haftet nicht deßwegen, weil er Zinsen hätte ziehen sollen, sondern deßwegen, weil der Kläger Zinsen hätte ziehen können. L. 20 §. 12 i. f. D. h. t., l. 1 C. de his quae ut ind. 6. 35. Francke S. 393 fg. — Dafür daß der redliche Besitzer nach der Ladung für nicht gezogene Zinsen haftet, s. l. 20 §. 11 D. h. t., l. 1 §. 1 C. h. t. Die Anschauung ist also die, daß der redliche Besitzer allerdings befugt sein soll, Erbschaftsgeld in Forderungen herauszugeben, wenn er es auch nach der Ladung im Wege ordnungsmäßiger Verwaltung in Forderungen umgesetzt hat, und daß er daher andererseits auch zur ordnungsmäßigen Anlage von Erbschaftsgeld verpflichtet sein soll. Anders Francke S. 227 fg., aber, wie mir scheint, nicht überzeugend. S. auch I §. 124 Note 6 a. E.

§. 613. [1] Selbst die impensae voluptuariae; auch sie mindern die Bereicherung durch die Erbschaft. L. 38. 39 D. h. t. Vgl. I §. 195 Note 10. 11.

sind[2]. Verwendungen auf die Fruchtziehung kommen auch hier, wie gegenüber dem Eigenthumsanspruch, schlechthin zum Abzug[3].

2. Zahlungen an Erbschaftsgläubiger[4] kann der gutgläubige Besitzer in Anrechnung bringen gegen Abtretung seines durch die Zahlung erworbenen Rückforderungsrechtes; der bösgläubige Besitzer muß, um sie in Anrechnung bringen zu können, dem Erben Sicherheit gegen anderweitige Behelligung durch die Erbschaftsgläubiger leisten[5]. Zahlungen an Nichtgläubiger kann auch der gutgläubige Besitzer nicht in Anrechnung bringen; anders wenn er in gutem Glauben ein nicht zu Recht bestehendes Vermächtniß ausgezahlt hat[6]. Sich selbst wegen seiner Forderungen gegen den Erblasser zu bezahlen ist der gutgläubige Besitzer unbedingt berechtigt, der bösgläubige nur wenn die Zahlung im Interesse der Erbschaft lag, unter dieser Voraussetzung aber auch verpflichtet[7].

---

[2] L. 38. 39 §. 1 D. h. t. Vgl. I §. 195 Note 2—4. Nützliche Verwendungen: welche dem Erben nützlich sind, vgl. I §. 195 Note 7.

[3] Es wird nur der Netto-Fruchtertrag herausgegeben. L. 36 §. 5 D. h. t., vgl. I §. 195 Note 13. Doch wird auch in diesem Fall noch ein Unterschied zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer gemacht; jener kann auch anrechnen: „quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit", l. 37 D. h. t.

[4] Francke S. 322 fg., Vangerow II §. 508 Anm. Nr. IV, Dernburg Compensation S. 345 fg. (1. Aufl. S. 352 fg.).

[5] L. 31 pr. D. h. t. Der Erbe ist trotz der Zahlung des Besitzers, da dieselbe nicht im Namen des Erben geschehen ist, immer noch Schuldner geblieben; vgl. II §. 342 Note 22, Arndts RLex. S. 230 Anm. 132, Vangerow a. a. O. Nr. 1. Aber der redliche Besitzer kann sich darauf berufen, daß er sein Geld in die Erbschaft verwendet, und statt desselben nur noch ein Rückforderungsrecht habe, während der unredliche Besitzer weder gegen den Erben die Einrede der Verwendung hat, noch ein Rückforderungsrecht gegen den Gläubiger, da er wissentlich ein indebitum gezahlt hat. Wohl aber kann sich der unredliche Besitzer bei der Vertretung des Erben dem Gläubiger gegenüber einredeweise darauf berufen, daß derselbe im Resultate doch erhalten habe, was ihm verschuldet werde, und diese Einrede kann dann auch der Erbe selbst dem Gläubiger entgegensetzen. L. 31 pr. cit. i. f., l. 61 D. de sol. 46. 3.

[6] L. 20 §. 18 D. h. t., vgl. l. 2 §. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4; l. 17 D. h. t., vgl. l. 2 §. 1 l. 3. 4 D. de cond. ind. 12. 6. Francke S. 196 fg. 248 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 1 zweite Hälfte.

[7] L. 31 §. 1. 2 D. h. t.

C. Voraussetzungen.

§. 614.

Damit die in den beiden vorhergehenden §§. bezeichneten Grundsätze Platz greifen, ist

1. in der Person desjenigen, gegen welchen der Anspruch erhoben wird, zwar nicht erforderlich, daß derselbe die ganze Erbschaft besitze, wohl aber daß er Erbschaft besitze, Viel oder Wenig aus derselben[1], aber als Erbschaft[2]. In dieser Weise besitzt: a) wer sich selbst Erbrecht zuschreibt[3]; b) wer sich für seinen Besitz auf gar keinen rechtfertigenden Grund beruft[4]. Wer sich dagegen für seinen Besitz auf irgend einen anderen

---

§. 614. [1] L. 4. 9. 10 pr. §. 1 D. h. t., l. 16 D. si quis om. causa test. 29. 4. L. 9. 10 pr. citt. „Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius . . . possidet vel rem hereditariam, licet minimam". Als iuris possessor wird auch der Erbschaftsschuldner gedacht, l. 13 §. 15 D. h. t. S. noch l. 16 §. 4 D. h. t.

[2] Gegen die Meinung von Fabricius (§. 611 *), daß die hereditatis petitio nur gegen denjenigen gehe, welcher sich eines vom Erben noch nicht besessenen Nachlasses ganz oder theilweise bemächtigt habe, s. Arndts Beiträge S. 1 fg., Vangerow §. 505 Anm.

[3] Er besitzt „pro herede". L. 9 l. 11 pr. l. 20 §. 13 D. h. t. Daß er bloß das Erbrecht des Klägers bestreite, genügt nicht. L. 42 D. h. t. Vgl. Zimmermann S. 219 fg., Unger §. 50 Anm. 10.

[4] Er besitzt „pro possessore". L. 9 D. h. t. (Note 1): — „eum demum teneri petitione hereditatis, qui . . pro herede vel pro possessore possidet . .". L. 11 §. 1—l. 13 pr. D. h. t. „Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur". L. 13 §. 1 D. eod., l. 16 §. 4 eod., l. 14 §. 2 D. quod met. c. 4. 2, l. 6 §. 5 l. 22 §. 1 D. de act. rer. am. 25. 2, l. 13 §. 1 l. 14 pr. D. de serv. corr. 11. 3. Seuff. Arch. XI. 59. — Darüber, wie das zu denken sei, daß das römische Recht den Besitz pro possessore dem Besitz pro herede gleichstellt, s. Arndts Beiträge S. 31. 32. RLex. S. 210. 211, Francke S. 143. 144, Vangerow II S. 345. Während diese Schriftsteller vorzugsweise praktische Erwägungen geltend machen, möchte ich das Hauptgewicht auf die improba usucapio pro herede legen, kraft deren der Besitz pro possessore sich sehr unmittelbar als einen Angriff direct gegen das Erbrecht herausstellte. Nachdem der Satz einmal anerkannt war, sind freilich denn auch Consequenzen aus demselben gezogen worden, welche mit der usucapio pro herede nicht zusammenhangen.

rechtfertigenden Grund beruft als Erbrecht, gegen den ist der Erbschaftsanspruch mit seinen eigenthümlichen Regeln nicht begründet[5]. Doch steht dem Besitzer, welcher sich auf Erbrecht beruft, derjenige gleich, welchem die Erbschaft als Vermächtniß herausgegeben worden ist[6], und derjenige, welcher die Erbschaft durch Geschäft unter Lebenden erworben hat, wenigstens insoweit, als das Recht der gegen ihn zu erhebenden Einzelansprüche ihm nicht vortheilhafter sein würde[7]. Stirbt ein Besitzer, gegen welchen

---

[5] L. 4 C. in quib. caus. cessat 7. 34. „Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emto vel donato vel alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil haec iuris definitio nocet". Bewußtsein davon, daß man durch den Titel, auf welchen man sich beruft, nicht Eigenthümer geworden sei, begründet den Erbschaftsanspruch nicht, l. 13 §. 8 D. h. t.; wohl Bewußtsein davon, daß der Titel nicht rechtsbeständig ist, l. 13 §. 1 D. h. t. Die Gründe aus welchen Zimmermann S. 227 fg. in diesem letzteren Falle die Erbschaftsklage dennoch dann ausschließen will, wenn das Geschäft mit dem Erblasser selbst abgeschlossen worden ist, sind nicht überzeugend. — Wie ist es aber, wenn der Besitzer nicht auf Grund des Titels, auf welchen er sich beruft, den Besitz erlangt, sondern sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlaßsachen gesetzt hat? Es wird behauptet, daß auch in diesem Falle die hereditatis petitio begründet sei, und es wird daraus die Consequenz gezogen, entweder daß der Erbe einem solchen Besitzer gegenüber den Beweis seines Eigenthums nicht zu führen brauche (vgl. §. 615 Note 14), oder auch, daß er sich von Seiten eines solchen Besitzers den Gegenbeweis des Eigenthums nicht gefallen zu lassen brauche. So Fabricius S. 171 fg., Arndts Beiträge S. 38 fg. RLex. S. 211 Anm. 30, Vangerow §. 505 Anm. Nr. 2. Dagegen Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 251 fg., Brinz S. 688 fg. Auch ich halte jene Behauptung nicht für hinlänglich gerechtfertigt; s. l. 13 pr. D. h. t.: — „nec ullam causam possessionis possit dicere", s. auch l. 25 §. 5 D. h. t. L. 3 C. quor. bon. 8. 2 (l. un. C. Th. eod. 4. 21) spricht nur vom interdictum quorum bonorum und die Uebertragung ihrer Bestimmung auf die hereditatis petitio ist äußerst bedenklich. S. namentlich Brinz S. 689 fg. Nach der hier vertretenen Ansicht ist erkannt worden von dem OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch XVIII. 94.

[6] L. 20 §. 13 D. h. t., l. 1 C. de inoff. test. 3. 28, vgl. l. 13 §. 2. 6 D. h. t. Francke S. 146.

[7] L. 13 §. 4—6. 8—11 D. h. t. Die herrschende Meinung nimmt an, daß gegen den Erbschaftskäufer ꝛc. die hereditatis petitio mit allen ihren Eigenthümlichkeiten begründet sei. Dagegen Francke S. 165 fg. mit guten Gründen; s. namentlich l. 2 C. h. t. — Seuff. Arch. XXI. 244.

der Erbschaftsanspruch begründet ist, so geht dieser Anspruch mit dem Besitz auf seinen Erben über, ohne daß dessen eigene Meinung über den Grund des Besitzes in Betracht käme[8]. — Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs ist gegenwärtiger Besitz; es müßte denn der Besitz arglistigerweise aufgegeben worden sein[9]. In Einem Falle haftet dem Erbschaftsanspruch, wer nie besessen hat, derjenige nämlich, welcher wissend, daß er nicht besitzt, sich arglistigerweise auf den Prozeß einläßt[10]. In beiden Fällen geht aber der Anspruch auf den Erben des Verpflichteten nur nach den Regeln der Delictsansprüche über[11]. — Leugnet der Besitzer gegen besseres Wissen den Besitz ab und wird dessen überführt, so muß er das Besessene dem Kläger herausgeben und nun selbst als Kläger auftreten[12].

2. In der Person desjenigen, welcher den Anspruch erhebt, ist Voraussetzung des Erbschaftsanspruchs Erbrecht[13]; dem Erben steht aber gleich der Erbschaftsvermächtnißnehmer[14], ferner der Fiscus, an welchen die Erbschaft gefallen ist, und wer vom Fiscus die Erbschaft erworben hat[16]. Erbrecht auf's Ganze ist

---

[8] L. 13 §. 3 D. h. t.; l. 13 §. 11 D. h. t. ist von dem Erben eines Erbschaftskäufers zu verstehen. Francke S. 163 fg., Vangerow §. 505 Anm. Nr. 3.

[9] S. §. 612 Note 11. 12.

[10] L. 13 §. 13 l. 45 D. h. t. Vgl. I §. 196 Note 8.

[11] Vgl. I §. 193 Note 8 a. E. §. 196 Note 8.

[12] L. 80 D. de R. V. 6. 1.

[13] Vgl. tit. D. de possessoria hereditatis possessione 5. 5. L. 2 D. tit. cit. „Per quam hereditatis possessionem tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi posest". Gegen Fabricius S. 177 fg. 209 fg., welcher die Erstreckung der hereditatis petitio auf den bonorum possessor für eine Erfindung der Compilatoren hält, s. Arndts Beiträge S. 50 fg.

[14] Tit. D. de fideicommissaria hereditatis petitione 5. 6. Auch der gesetzliche Vermächtnißnehmer, §. 574 Num. 1. 2.

[15] L. 20 §. 6. 7 D. h. t.

[16] L. 54 pr. D. h. t. Er wird auch in Beziehung auf die Schuldverhältnisse als Erbe behandelt, l. 1 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 41 D. de I. F. 49. 14. Deßwegen darf auch nicht dem Käufer ꝛc. vom Fiscus der Käufer ꝛc. vom Erben gleichgestellt werden. Man darf auch nicht sagen, daß dieser die hereditatis petitio des Erben als Cessionar geltend machen könne. Der Erbe hat ihm seine Erbschaft abgetreten, nicht seinen Erbschaftsanspruch. Mit gleichem Rechte könnte man den Satz aufstellen, daß der Käufer einer

nicht erforderlich; auch der Theilerbe hat den Erbschaftsanspruch[17]. Er muß aber bei der Klage den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, genau angeben; er müßte denn darüber ohne seine Schuld im Ungewissen sein[18]. Hängt die Größe des Erbtheils von der Zahl der Kinder ab, welche eine schwangere Frau gebären wird, so werden für das von ihr zu Gebärende einstweilen drei Theile zurückbehalten[19].

D. Beweis *.

§. 615.

Der Kläger in der Erbschaftsklage muß

1. was sein Erbrecht angeht, beweisen den Tod des Erblassers, oder daß derselbe für Tod erklärt worden sei[1]; ferner die Thatsache seiner Berufung. Die Thatsache des Erwerbes der Erbschaft braucht er nur dann zu beweisen, wenn der Erblasser für den Erwerb eine besondere Frist oder Form angeordnet hat[2]. Die testamentarische Berufung[2a] wird dargethan im Fall eines schriftlichen Testaments durch Vorlage der Testamentsurkunde, wobei der Kläger im Bestreitungsfall die Echtheit der Unter-

---

körperlichen Sache sofort die rei vindicatio des Verkäufers erworben habe. Anders ist es mit Erbschaftsforderungen; dieselben sind Ansprüche, actiones. A. M. (wenn ich ihn nicht mißverstehe) Francke S. 387 fg.

[17] S. g. hereditatis petitio partiaria. Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5. 4. In diesem Falle kann der Gegner als Miterbe anerkannt sein oder nicht, und der als Miterbe Anerkannte kann alleiniger Gegner sein, oder mit ihm ein Anderer. Vgl. überhaupt Glück VIII S. 2 fg., Arndts RLex. S. 213 fg., Sintenis III §. 192. C.

[18] L. 1 §. 5 D. tit. cit.: — „ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi".

[19] S. §. 608 Note 1[a]. Arndts RLex. S. 220—221.

* Glück VII S. 493 fg. 503 fg. Arndts RLex. V S. 216 fg. Sintenis III §. 190. Unger §. 51. §. 615.

[1] S. I §. 53.

[2] D. h. ihn unter der Bedingung des Erwerbes in bestimmter Form oder binnen bestimmter Frist zum Erben eingesetzt hat, vgl. §. 598 Note 3. Abgesehen von diesem Fall liegt schon in der Thatsache der Klageanstellung die Erklärung des Willens, Erbe zu sein.

[2a] Das im Folgenden für die testamentarische Berufung Gesagte gilt analog auch für die Berufung durch Erbvertrag.

schrift (bez. Schrift[3]) des Testators und die Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten[4], der Beklagte sonstige Ungültigkeitsgründe, welche er geltend macht[5], zu beweisen hat[6]. Doch ist die Vorlage der Testamentsurkunde nicht unbedingt erforderlich; ist dieselbe durch einen Zufall zerstört worden oder abhanden gekommen[7], so kann der Beweis des schriftlichen Testaments auch sowohl durch die Aussagen der zu demselben zugezogenen Zeugen (wenn sie nämlich den Inhalt desselben in Erfahrung gebracht haben[8]), als auch in jeder andern processualisch zulässigen Weise geführt werden[9]. Der Beweis des mündlichen Testaments wird entweder durch die Aussagen der sämmtlichen zu demselben zugezogenen Zeugen[10], oder durch eine von ihnen unterzeichnete Urkunde[11] geführt. Der Beweis der Intestatberufung[12] wird

---

[3] S. §. 541 Note 5.

[4] Seuff. Arch. I. 95 Nr. 8, XI 256, XIV. 148. [Fein Forts. von Glück XLV S. 40 fg.]

[5] Wie z. B. Unfähigkeit des Erblassers oder eines Testamentszeugen, Mängel der Willenserklärung, Verletzung des Notherbenrechts, Errichtung eines neuen Testaments.

[6] L. 11 C. de probat. 4. 19. „Si scriptum heredem ab amita tua vel de testamenti vitio vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem probari a te confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciae agere potes“. L. 5 C. de cod. 6. 36, l. 4 D. de his quae in test. del. 28. 4, l. 22 D. de prob. 22. 3. S. überhaupt I §. 153 Note 7. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 8 a. E.

[7] Vgl. §. 564 Note 8 und Arndts S. 218.

[8] L. 30 C. de test. 6. 23.

[9] Hierüber ist kein Streit. Seuff. Arch. II. 359, XV. 138.

[10] Nach einer anderen Meinung sollen die Aussagen zweier Zeugen genügen. So auch Seuff. Arch. II. 359. Dagegen Glück VII S. 504 fg. XXXV S. 8 fg., Arndts S. 218, Sintenis III §. 190 Anm. 8, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock III S. 264—266 (Seuff. Arch. XIII. 154). In der That ist jene Meinung nicht haltbar. Denn die Testamentszeugen sind nicht bloß dazu da, um das Testament anzuhören, sondern eben um ein Zeugniß über dasselbe abzulegen. S. auch l. 31 C. de test. 6. 23, l. 32 C. de fideicomm. 6. 42. Beim schriftlichen Testament haben die Zeugen dieß bereits durch ihre Unterschrift gethan. Allerdings kann in dieser Weise ein mündliches Testament sehr leicht wegen Mangels an Beweis zu Fall kommen; „aber Begünstigung verdienen die mündlichen Testamente gewiß nicht“ (Arndts a. a. O. Note 70 a. E.).

[11] Glück XXXV S. 7 zu Note 7. Seuff. Arch. I. 95 Nr. 8. Diese Concession läßt sich vertheidigen mit Rücksicht darauf, daß in diesem Fall doch

geführt durch Nachweis des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses oder der behaupteten Ehe. Behauptet der Beklagte, es sei ein die Intestaterbfolge ausschließendes Testament oder ein näherer Verwandter vorhanden, so ist es an ihm, dieß zu beweisen[13].

2. Nicht minder muß der Kläger im Bestreitungsfall den Erbschaftsbesitz des Beklagten in dem in §. 614 entwickelten Sinn beweisen[14]. Nach der Praxis kann er zu diesem Ende von dem

---

jedenfalls eine Aussage der Zeugen vorliegt, und mit Rücksicht auf N. O.Tit. II §. 5, obgleich in dieser Stelle auch Unterschrift des Erblassers und des Notars verlangt zu werden scheint. — Daß aber auch eine von dem zugezogenen Notar und zwei Zeugen errichtete Urkunde genügend sei, wie Glück a. a. O. zu Note 5 mit älteren Praktikern behauptet, wüßte ich nicht zu rechtfertigen.

[12] Glück VII S. 510—512. Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 160 fg. Arndts a. a. O. S. 219—220. Sintenis III S. 532—533.

[13] Seuff. Arch. IX. 314, XII. 305, XVI. 130. 254, XX. 78. Der Beklagte muß den Beweis der näheren Verwandtschaft führen, mag er behaupten, daß er selbst, oder daß ein Dritter der nähere Verwandte sei. Ueber das Erstere wird gestritten (a. M. Glück, Sintenis, Seuff. Arch. I. 258, IX. 315); doch ist dieser Streit ohne praktische Bedeutung, da der Beweis der Verwandtschaft nicht geführt werden kann, ohne daß zugleich der Grad der Verwandtschaft bewiesen würde. — Die Behauptung, der Einwand des Beklagten, ein Dritter sei der nähere Verwandte, sei als exceptio de iure tertii gar nicht zulässig (so auch Seuff. Arch. I. 258), bedarf keiner Widerlegung. Seuff. Arch. XIV. 149. — Muß der Beklagte, wenn er behauptet, ein Dritter sei der nähere Verwandte, auch dessen Erwerb beweisen? Dafür Seuff. Arch. IX. 316; dagegen VIII. 156, [XVI. 130 a. E.]. — Die gleichen Grundsätze gelten auch für den Fall, wo auf Grund der Intestaterbfolge nicht die Erbschaft eingeklagt, sondern ein einzelner Erbschaftsanspruch geltend gemacht wird, und unrichtig ist die Behauptung, daß der Kläger wenigstens in diesem Falle den Beweis führen müsse, daß er der nächste Verwandte sei. Seuff. Arch. XVI 254, XX. 78; gegen XII. 305, XVI. 130.

[14] Er muß also beweisen: 1) daß der Beklagte besitze; 2) daß derselbe Erbschaftssachen besitze. Erbschaftssachen sind aber nach §. 612 Nr. 1 auch Sachen, welche bloß im Besitze des Erblassers gewesen sind, an deren Behalten aber derselbe ein rechtliches Interesse hatte, und man wird nicht zu weit gehen, wenn man für dieses rechtliche Interesse einen Beweis vom Kläger nicht verlangt, sondern vom Beklagten den Beweis des Mangels dieses rechtlichen Interesses (oder des Aufhörens desselben mit dem Tode des Erblassers) erwartet. Seuff. Arch. XVIII. 93, XXI. 62, vgl. auch XIV. 147. Der Kläger muß aber 3) auch beweisen, daß der Beklagte Erbschaftssachen pro herede oder pro possessore besitze. Beruft sich daher der Beklagte auf einen Singulartitel, so muß der Kläger, um seine Klage als hereditatis petitio aufrecht zu halten,

Beklagten die Vorlage eines eidlich zu bestärkenden Vermögensverzeichnisses verlangen[15].

E. Zusätzliches*.

§. 616.

1. Die Erbschaftsklage ist gegen den Erbschaftsbesitzer (§. 614 Num. 1) nicht bloß zulässig, sondern, wenn dieser auf derselben besteht, auch nothwendig; d. h. der Erbschaftsbesitzer kann verlangen, daß das von ihm Besessene ihm nur als Erbschaft und nach den für die Erbschaftsklage geltenden Grundsätzen, nicht unter irgend einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, abge-

---

und namentlich also der Nothwendigkeit des Beweises des Eigenthums oder des redlichen Erwerbes zu entgehen (oben Num. 2), darthun, daß der Beklagte selbst nicht an die Wahrheit seines Titels glaube (§. 614 Note 5). Doch ist dieß nicht allgemein anerkannt; von Anderen wird behauptet, daß die Berufung des Beklagten auf einen Singulartitel die hereditatis petitio nicht ausschließe; daß es vielmehr in diesem Falle die Pflicht des Beklagten sei, die Wahrheit seines Titels darzuthun. Sintenis §. 190 Anm. 35, Zimmermann S. 456 fg., Seuff. Arch. XVIII. 95. Ich finde für diese Meinung keine Rechtfertigung; l. 3 C. quor bon. 8. 2. welche man auch für diese Frage hat verwerthen wollen (vgl. §. 614 Note 5), paßt hier schon deßwegen nicht, weil sie voraussetzt, daß eigenmächtige Besitzergreifung feststehe (denn daß auch das interdictum quorum bonorum nur gegen den Besitzer pro herede oder pro possessore begründet war, ist ja außer Streit). Gegen die bezeichnete Meinung auch Seuff. Arch. V. 203, XVI. 128, vgl. XV. 234. — Um nicht eine falsche Klage anzustellen, konnte der Kläger nach römischem Recht an den Beklagten in iure die Frage richten, ob er nicht pro herede oder pro possessore besitze, l. 11. C. h. t. Für das heutige Recht gibt man dem Kläger das Recht, mit der hereditatis petitio eventuell die rei vindicatio zu cumuliren, oder man gewährt auch wohl dem Richter die Befugniß, ohne Weiteres die angestellte hereditatis petitio als rei vindicatio aufrecht zu halten. Glück VII S. 520, Sintenis III §. 190 Anm. 35. Dagegen Seuff. Arch. V. 203. Vgl. IX. 311.

[15] Vgl. Zimmermann S. 463 fg. Seuff. Arch. VIII. 190, XII. 49, 122. 345. 346, XIII. 105 vgl. II. 233.

§. 616. * Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen (1852). S. ferner: Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 226 fg. 504 fg. (1844). Arndts RLex. S. 235—238 (1844). Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 79 fg. (1864). Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen S. 161 fg. 169 fg. 197 fg. 212 fg. (1868).

fordert werde[1]. Ja selbst mittelbar, durch eine gegen einen Dritten durchgeführte Klage, darf der Erbschaftsbesitzer nicht zu einer Leistung genöthigt werden, welche er nach dem Recht der Erbschaftsklage zu machen nicht verflichtet wäre und daher hat der Dritte gegen eine Klage, deren Durchführung den bezeichneten Erfolg haben würde, dieselbe Einrede, wie der Erbschaftsbesitzer selbst[2].

2. [3]Während des Erbschaftsstreites können die Erbschaftsgläubiger Befriedigung von jedem der beiden Prätendenten verlangen[4]. Auch Vermächtnißnehmer brauchen mit ihrer Befriedi-

---

Planck Rec. dieser Schrift, krit. VJSchr. XI S. 183 fg. (1869). Vangerow II §. 508, Sintenis III S. 560 fg., Brinz §. 165, Unger §. 53.

[1] Er hat gegen die hereditatis petitio die exceptio (früher praescriptio) si (quod) praeiudicium hereditati non fiat. Gai. IV. 33, l. 5 §. 2 D. h. t., l. 12 pr. C. h. t. Als Grund dieser Einrede wird in den Quellen angegeben: „magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii“, l. 12 C. cit. ferner: „ne (possessor) singulis iudiciis vexaretur“, l. 13 §. 4 D. h. t. Hinzuzufügen ist aber jedenfalls die Rücksicht auf die Verschiedenheit des Inhalts der hereditatis petitio und der Singularklagen, aus welcher Rücksicht allein sich l. 25 §. 17 D. h. t. (Note 2) erklärt. Vgl. Dernburg S. 3 fg. 12 fg., Francke S, 85 fg., Vangerow a. a. O Nr. I z. A., Bülow S. 200, Planck VJSchr. S. 185. 186. — Die heutige Anwendbarkeit dieser Einrede wird im Allgemeinen nicht bestritten, aber von einigen auf den Fall beschränkt, daß der Beklagte durch die Singularklage zu einer andern Leistung genöthigt werden würde, als mit der hereditatis petitio von ihm gefordert werden kann. So Dernburg S. 121, Arndts Pand. §. 534. S. auch Planck VJSchr. S. 190. Vgl. noch Unger S. 246. — Steht die Einrede auch dem Besitzer pro possessore zu? Dafür Dernburg S. 52 fg. und nach ihm Brinz S. 701; dagegen Francke S. 144 fg. — Auch dem Besitzer einer einzelnen Sache und dem Erbschaftsschuldner, wenn der Kläger die Erbschaft im Ganzen besitzt? Dagegen Francke S. 92 fg., mit Berufung darauf, daß der Beklagte, wenn er die Vortheile der hereditatis petitio nicht aufgeben wolle, dieselbe seinerseits anstellen könne. Mir scheint dieser Grund nicht durchgreifend. — Ueber l. 13 D. de exc. 44. 1 (exceptio rei in iudicium deductae? amtliches Eingreifen des Magistratus?) s. Dernburg S. 54 fg., Francke S. 88 fg., Bülow S. 121 fg. 167 fg.

[2] Vgl. §. 612 Note 15.

[3] Arndts S. 235 fg., Planck Mehrheit S. 228 fg. 505 fg., Francke S. 95 fg., Vangerow a. a. O. § 508 Nr. II. III.

[4] L. 12 §. 1 C. h. t., von Justinian. In der römischen Jurisprudenz wurde über diese Frage gestritten, und auch in sie, wie es scheint, die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat hineingezogen. Die l. 12

gung nicht bis zum Ausgang des Erbschaftsstreites zu warten[5]; sie müssen aber dem Beschwerten Sicherheit wegen Rückerstattung für den Fall leisten, das dieser im Erbschaftsstreite unterliegen sollte[6]. — Erbschaftsschuldner andererseits brauchen vor Entscheidung des Erbschaftsstreites keinem der beiden Prätendenten zu leisten; nur wenn Gefahr im Verzuge ist, unterliegen sie der Forderung des redlichen Besitzers der Erbschaft[7].

---

cit. beginnt: „Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praeiudicium; magnitudo enim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multae varietatis et controuersiae veterum exortae sint, eas certo fine concludentes sancimus . .“. S. übrigens auch l. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3. — Natürlich kann derjenige, welcher gezahlt hat, wenn er im Erbschaftsstreit unterliegt, vom Gegner Ersatz verlangen, und nicht bloß im Urtheil über den Erbschaftsstreit selbst. L. 12 §. 1 C. cit. Kämmerer Zeitschr. f. Civ. u. Proc. VIII S. 202 fg. — Francke S. 97 fg. glaubt mit Aelteren, die l. 12 cit. gebe den Erbschaftsgläubigern eine Klage gegen den Erbschaftskläger nur unter der Voraussetzung, daß auch er einen Theil der Erbschaft besitze. Ich halte den dafür versuchten Beweis nicht für ausreichend. — Ausnahmen für den Fall, daß der eine der Erbschaftsprätendenten der Fiscus ist, l. 35 D. de I. F. 49. 14.

[5] A. M. Planck Mehrheit S. 505, indem er die Worte: „vel si ipse maluerit *cett.*“ in l. 12 pr. C. cit. auf den Erben bezieht.

[6] L. 12 pr. C. cit. Das Vermächtniß soll restituirt werden mit den gezogenen Nutzungen, wenn es in Geld besteht mit 3% Zinsen. Vgl. l. 6 D. h. t. („vel quaerendum an legatum debeatur“ — nämlich wenn auch das Vermächtniß bestritten ist); l. 48 §. 1 D. de leg. II. 31, l. 3 §. 6—10 l. 4. 8 D. si cui plus 35. 3, l. 9 C. de leg. 6. 37. Francke S. 107 fg.

[7] L. 49 D. h. t. Vgl. l. 5 §. 2 D. h. t. in Verbindung mit l. 7 §. 2 D. de iure del. 28. 8. Andere geben das gleiche Recht auch dem Erbschaftskläger. Jedenfalls kann der Erbschaftskläger dingliche Erbschaftsansprüche gegen den Besitzer der betreffenden Sachen geltend machen, da dieser durch Herausgabe derselben aller Verpflichtung ledig wird. — Will der Erbschaftsschuldner mit der Zahlung nicht bis zum Austrag des Erbschaftsstreites warten, so muß er, wenn er sicher gehen will, sich von dem Zahlungsempfänger Caution leisten lassen, oder, wenn keiner der Streitenden in dieser Weise die Zahlung annehmen will, gerichtlich deponiren. L. 1 §. 37 D. dep. 16. 3. — Vgl. überhaupt Planck Mehrheit S. 228 fg. 508 fg., Arndts S. 237 fg., Dernburg S. 115 fg., Francke S. 374 fg., Sintenis III §. 192 Anm. 21, Vangerow II §. 508 Nr. II.

V. Erlangung des provisorischen Besitzes der Erbschaft.

A. Auf Grund der Bescheinigung des Erbrechts*.

§. 617.

In gewissen Fällen kann provisorischer Besitz der Erbschaft erlangt werden, während die Erledigung der Frage nach der wirklichen Erbberechtigung einer späteren Zeit vorbehalten bleibt.

Der erste dieser Fälle ist der, wo ein Erbschaftsprätendent für seine Erbberechtigung zwar nicht Beweis, aber doch eine Bescheinigung beibringt. Auch mit der bloßen Bescheinigung überwindet er den Erbschaftsbesitzer so weit, daß dieser ihm den Besitz der Erbschaft einstweilen herausgeben und sein behauptetes besseres Erbrecht in einem besonderen von ihm seinerseits zu erhebenden Proceß darthun muß[1]. Hierüber ist des Näheren Folgendes zu bemerken.

1. Das Gesagte gilt nur für den körperlichen Nachlaß[2].

---

* Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V. 1. VI. 3 (1823. 1828). Nachtrag vom Jahre 1849 in den verm. Schriften II S. 291 fg. Thibaut Arch. f. civ. Pr. X. 23 (1827). v. Löhr das. XII. 6 (1829). Fabricius Rhein. Mus. IV S. 204 fg. (1833). Roßhirt testam. Erbrecht II S. 55 fg. 1840). Arndts Beiträge S. 108—112. RLex. V S. 265—269 (1837. 1844). Gerau Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 7 (1844). Leist die Bonorum Possessio I S. 306 fg. 383 fg. II. 2 S. 163 fg. 257 fg. 290 fg. 340 fg. 465 fg. (1844. 1848). Strippelmann Entscheidungen 2c. VI S. 111—135 (1851). Mayer §. 134 136. Vangerow II §. 509. 510, Sintenis III. 193, Brinz §. 163. 165.

[1] In diesem Sinne ist in Deutschland von jeher das römische interdictum quorum bonorum verstanden worden; hierüber ist kein Streit. Vgl. Seuff. Arch II. 77, III. 279, VII. 71. Was das römische Recht angeht, so steht es fest, daß das interdictum quorum bonorum nur demjenigen zustand, welcher bonorum possessio erlangt hatte. Ob es aber für diesen ein definitives, oder ein bloß provisorisches Rechtsmittel war, ist sehr bestritten; für die erstere Meinung namentlich Savigny, und nach ihm Fabricius; dagegen Thibaut, v. Löhr, Mayer, Vangerow, Leist, auch Francke Notherbenrecht S. 97 fg. Bei der Uebereinstimmung, welche sich über die heutige Anwendung des interdictum quorum bonorum herrscht, kann und muß dieser Streit hier auf sich beruhen bleiben. — Quellen für das Recht des interdictum quorum bonorum: Gai. III 34. IV. 144, §. 3 I. de interd. 4. 15, Dig. 43. 2 Cod. 8. 2 quorum bonorum, s. auch l. 12 C. Th. quorum appellat. 11. 36. §. 617.

[2] L. 2 D. h. t., s. auch 3. C. h. t. Nach diesen Stellen bestimmt sich

2. Wer Besitzer sei, bestimmt sich nach den gleichen Grundsätzen, wie bei der Erbschaftsklage (§. 614 Note 1)[3]. Geltendmachung eines Singulartitels bei eigenmächtiger Besitzergreifung ist aber in diesem Streite nicht zulässig[4]. Unter Bescheinigung ist hier zu verstehen, daß Thatsachen bewiesen werden oder sonst feststehen, welche die Erbberechtigung an und für sich begründen, während andere Thatsachen, welche, wenn sie wahr wären, die Erbberechtigung ausschließen würden, weder feststehen noch in schleuniger Weise bewiesen werden können[5].

3. Eine besondere Anwendung des hier gelehrten Rechtssatzes ist, daß auf Grund eines äußerlich fehlerfreien Testamentes Einweisung in den einstweiligen Besitz des Nachlasses verlangt werden kann[6].

---

der Sinn des Ausdrucks „universitas bonorum“ in l. 1 §. 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 280. A. M. vereinzelt Gerau S. 314 fg.

[3] L. 1 pr. D. h- t.; — „quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides . . quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas“. Eigenthümlich war dem interdictum quorum bonorum, daß gegen dasselbe die usucapio pro herede nicht geltend gemacht werden konnte; in der vorher bezeichneten Lücke standen im Edicte die Worte: „possideresve si nihil usucaptum esset“.

[4] L. 3 C. h. t. Vgl. §. 614 Note 5.

[5] Es genügt also nicht halber Beweis, sondern es wird der Gegenbeweis beschränkt; es gilt „Prima-Facie-Cognition“ (Briegleb, s. unt.). A. M. Viele; es wird sich für diese Meinung ein festes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen lassen. Ist dieß aber nicht möglich, so darf verwiesen werden, auch abgesehen von dem Widerstrebenden der Idee eines processualischen Sieges auf bloße Wahrscheinlichkeit hin: a) auf l. 1 C. h. t.; — „non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris“; b) darauf, daß jedenfalls bei der missio ex edicto D. Hadriani (Note 6) die angegebene processualische Behandlung wirklich eintritt. Vgl. namentlich Briegleb summarische Processe S. 205—224; aber auch schon Leist S. 487 fg., Vangerow II §. 509 Anm. 2 Nr. III, Gerau S. 332 fg.

[6] S. g. remedium ex l. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. Dieser Satz tritt im römischen Recht unabhängig vom interdictum quorum bonorum auf. Hadrian hatte im Interesse der schnelleren Einrichtung der Erbschaftssteuer dem eingesetzten Erben die bezeichnete Befugniß für den Fall gegeben, daß er sich binnen eines Jahres melden würde. Vgl. Paul. S. R. III. 5 §. 14—18. Diese Beschränkung hat Justinian gestrichen. L. 3 C. de edicto D. Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6. 33. Specielle Literatur dieses Rechtsmittels: v. Löhr Zeitschr.

B. Einweisung des ungeborenen Erben*.

§. 618.

Im Namen des noch ungeborenen Erben kann seine Mutter verlangen, einstweilen in den Besitz der Erbschaft eingewiesen zu werden[1]. Ob das von der Frau zu gebärende Kind aus Testament oder aus Gesetz berufen ist, macht keinen Unterschied[2]; gehört das Kind aber nicht zu den Descendenten, so wird die Frau nur dann eingewiesen, wenn sie sich in anderer Weise ihren Unterhalt nicht zu beschaffen vermag[3]. Daß es bestritten oder zweifelhaft ist, ob die Frau ein erbberechtigtes Kind gebären wird, schließt ihre Einweisung nicht aus; nur dann wird sie nicht zugelassen, wenn sie offenbar gegen besseres Wissen auftritt.[4]. Die Einweisung gibt der Frau in Betreff der Erbschaft nicht freie Hand;

---

s. Civ. u. Pr. VI. 9. Roßhirt testam. Erbrecht II S. 73 fg. Bachofen Pfandrecht I S. 365 fg. Leist die Bonorum Possessio II S. 196 fg. 290 fg., 465 fg. Strippelmann Entscheidungen rc. VI S. 111 fg. Seuff. Arch. II. 75. 76, III. 281—286, VI. 229, IX. 317, XII. 50, XIV. 103, XVII. 70.

* Dig. 37. 9 de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. — Bachofen Pfandrecht I S. 328—334. Leist die Bonorum Possessio II. 1 S. 90 fg. II. 2 S. 341 fg. Dernburg Pfandrecht I §. 305—306. Sintenis III S. 575—576. §. 618.

[1] Die gewöhnliche Ausdrucksweise der Quellen ist: venter in possessionem mittitur. Es heißt aber auch: mulier ventris nomine in possessionem mittitur, s. z. B. l. 1 §. 14 l. 8 D. h. t.; andererseits: qui in utero est in possessionem mittitur, z. B. l. 2 §. 11 D. ad SC. Tert. 38. 17.

[2] L. 6 D. h. t. Die Lehre von der missio ventris wird in unseren Quellen im Anschluß an die Lehre von der bonorum possessio contra tabulas entwickelt (vgl. l. 1 pr. D. h. t.: „vice contra tabulas possessionis"); aber: „ventrem praetor ex omnibus edicti patribus mittit in possessionem", l. 10 D. h. t., l. 1 §. 5 D. ad SC. Tert. 38. 17. L. 7 D. h. t.

[3] L. 6 D. h. t., vgl. l. 5 pr. D. h. t. Der „extraneus" der l. 6. cit. ist Jeder, welcher nicht zu den liberi im Sinne des prätorischen Edicts gehört (vgl. l. 1 D. h. t.), und die liberi im Sinne des prätorischen Edicts sind nicht unsere Descendenten (§. 577 Note 2). Seitdem aber die sämmtlichen Descendenten sich in Betreff des Erbrechts principiell gleichgestellt worden sind müssen auch in Betreff der hier fraglichen Einweisung sämmtliche Descendenten behandelt werden, wie die prätorischen liberi.

[4] — „si manifesta calumnia videbitur eius", l. 1 §. 14 D. h. t. L. 1 §. 2. 3. 5. 8. 9 eod.

sie ist nur Verwalterin der Erbschaft, und sie muß Maßregeln der Fürsorge in gleicher Weise auch denjenigen, welche die nächsten Erben sein werden, wenn sie ein erbberechtigtes Kind nicht gebiert, sowie den Erbschaftsgläubigern, gestatten[5]. Regelmäßig aber wird auf Antrag der Frau die Erbschaft in die Hand eines Pflegers gegeben[6]. Aus der Erbschaft bekommt die Frau, und dies ist der eigentliche Grund ihrer Einweisung[7], Unterhalt[8], und sie braucht das Genossene, wenn sie nur in gutem Glauben war, selbst dann nicht zu erstatten, wenn sie kein erbberechtigtes Kind gebiert[9]. Ist sie dagegen in bösem Glauben, so muß sie die empfangenen Alimente, wie alles andere Interesse dem Erben ersetzen; jedoch verjährt der Anspruch darauf binnen eines Jahrs tauglicher Zeit[10]. Eine besondere Vorschrift des römischen Rechts verpflichtet die Frau noch zur Erstattung alles aus der Erbschaft Verbrachten[11]; der Anspruch hierauf verjährt in gewöhnlicher Frist[12].

C. Einweisung nach dem Carbonianischen Edict*.

§. 619.

Diese Einwerfung bezieht sich auf den Fall, wo einem Descendenten[1] sein Erbrecht auf Grund der Bestreitung seines

---

[5] L. 1 §. 17. 24. 25. D. h. t.

[6] L. 1 §. 17. 18. 21. 23 D. h. t., l. 5 D. h. t. (Bachofen S. 333). Vgl. II §. 447 Note 4.

[7] — „ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur“, l. 6 D. h. t. L. 1 §. 2. 15 eod.

[8] Zur Sorge für die Alimentirung der Frau kann ein besonderer Curator bestellt werden, der aber auch mit dem Erbschaftscurator eine und dieselbe Person sein darf. L. 1 §. 17. 18. 19. 20 l. 3. 4. 5 pr. l. 9 D. h. t.

[9] L. 1 §. 28 l. 3 D. h. t.

[10] Dig. 25. 6 si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. Glück XXVIII S. 340—358.

[11] Dig. 25. 5 si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

[12] L. 1 §. 4 D. tit. cit. Glück XXVIII S. 340—358.

§. 619. * Dig. 37. 10 Cod. 6. 17 de Carboniano edicto. — Bachofen Pfandrecht I S. 334—361. Leist die Bonorum Possessio II. 1 S. 98 fg. II. 2 S. 341 fg., Vangerow II §. 512, Sintenis III S. 578—582.

[1] Das prätorische Edict spricht auch hier nur von liberi; das Carbo-

Kindesverhältnisses[2] bestritten wird[3], und derselbe zugleich noch unterhalb des Alters der Geschlechtsreife ist[4]. In diesem Falle wird die Entscheidung über den Erbschaftsstreit ausgesetzt, bis er das bezeichnete Alter erreicht hat[5], er aber einstweilen in den Besitz der Erbschaft eingewiesen[6], wenn es nicht handgreiflich ist, daß er, oder wer für ihn die Erbschaft in Anspruch nimmt, gegen

---

nianum edictum bildete eine Einheit mit dem Edict über die Verleihung der bonorum possessio contra tabulas. L. 1 pr. l. 3 pr. l. 4 pr. D. h. t., l. 6 pr. eod. Aber auch hier (vgl. §. 618 Note 3) müssen den liberi die übrigen Descendenten gleichgestellt werden, seitdem die Descendenten als solche als erbberechtigt anerkannt worden sind. Vgl. Sintenis III §. 194 Note 19 (S. 578).

² L. 1 pr. D. h. t.: — „si cui contraversia fiat, an inter liberos sit". L. 1 §. 4 l. 3 §. 2 l. 4 l. 7 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 1 §. 8 l. 3 §. 6 D. h. t.

³ Und zwar bloß auf Grund der Bestreitung seines Kindesverhältnisses; es muß, das Kindesverhältniß zugegeben, kein Streit mehr übrig sein. L. 1 pr. D. h. t.: — „perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset". Daher wird nicht eingewiesen, wer auf Grund seines bestrittenen Kindesverhältnisses die querela inofficiosi testamenti erheben will, l. 20 D. de inoff. 5. 2. — Daß der Descendent Intestaterbrecht in Anspruch nehme, ist nicht unbedingt nothwendig; möglicherweise kann auch das testamentarische Erbrecht von dem Kindesverhältniß abhangen, wenn nämlich Jemand in seiner Eigenschaft als Kind zum Erben eingesetzt worden ist. L. 1 §. 8 l. 3 pr. §. 2 D. h. t.: s. andererseits l. 11 D. h. t.

⁴ L. 1 pr. D. h. t.: — „et impubes sit". L. 3 §. 3 D. h. t.

⁵ L. 1 pr. D. h. t.: — „iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur". L. 1 §. 11 D. h. t.: — „cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur". Die causae cognitio bezieht sich darauf, ob nicht ausnahmsweise die sofortige Entscheidung des Erbschaftsstreites dem Geschlechtsunreifen günstiger ist, l. 3 §. 5 D. h. t.

⁶ L. 1 pr. D. h. t.: — „causa cognita . . possessio datur". Ueber diese causae cognitio s. die folgende Note. — Die von dem Prätor versprochene „possessio" ist eine wirkliche, wenngleich nur interimistische (daher l. 3 §. 13 D. h. t.), bonorum possessio, und wird als solche in den Quellen ausdrücklich bezeichnet. L. 1 §. 8. 9. 10 l. 3 §. 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15. 16 l. 4 l. 7 §. 4. 6. 8 l. 14. 15 D. h. t., l. 1 C. h. t. Diese bonorum possessio wird aber sofort durch Einweisung in den Besitz realisirt; daher sprechen die Quellen auch von missio in possessionem, so l. 3 §. 13 l. 5 §. 3 l. 6 §. 6 l. 7 §. 5 D. h. t. Vgl. Bachofen S. 337 fg. Neben der „Carboniana bonorum possessio" mußte aber, wer sich nicht auf civiles Erbrecht berufen konnte, auch „ordinariam agnoscere", l. 3 §. 15. 16. l. 4 D. h. t., und wenn er dieß nicht that, so rückte die ordinaria bonorum

besseres Wissen handelt[7]. Mit dem Geschlechtsunreifen wird aber auch sein Gegner eingewiesen, wenn auch dieser zu den Descendenten gehört, oder der Geschlechtsunreife nicht Caution stellt[8]. Die Verwaltung hat der Geschlechtsunreife bez. sein Vormund, wenn er Caution stellt; wenn er dieß nicht thut, sein Gegner, wenn dieser es thut; sonst wird ein Pfleger für die Erbschaft ernannt[9]. Hat der Geschlechtsunreife Caution gestellt, so bekommt er aus der Erbschaft Alimente und Erziehungskosten; sonst nur im Nothfall[10]. Von der Cautionsleistung hat er auch den Vortheil, daß er in dem künftig anzustellenden Proceß Beklagter ist[11].

D. Andere Fälle.

§. 620.

1. Bereits oben (§. 597 Note 18. 19 Num. 3) ist bemerkt worden, daß der Vormund eines Wahnsinnigen für denselben nur provisorischen Besitz der Erbschaft erwerben kann, und daß die Erschaft wieder herausgegeben werden muß nicht bloß dann, wenn der Wahnsinnige geistesgesund geworden sie ausschlägt, sondern auch dann, wenn er im Wahnsinn verstirbt[1]. Hier ist hinzuzufügen:

---

possessio in gewöhnlicher Weise weiter, l. 7 §. 8 D. h. t., l. 1 §. 4 D. si tab. testam. uullae 38. 6.

[7] L. 3 §. 4 D. h. t. „Causae cognitio ia eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere, et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam; si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem". S. auch l. 2 C. h. t. Vgl. Briegleb summarische Processe S. 248 fg. 424 fg. 427 fg.

[8] L. 1 §. 1 l. 2 §. 5 l. 5 pr. §. 1 D. h. t., l. 1 C. h. t.

[9] L. 5 §. 1. 2. 5 l. 15 D. h. t. S. auch l. 7 §. 5 D. h. t.

[10] L. 5 §. 3 l. 6 §. 5 D. h. t.

[11] L. 6 §. 6 D. h. t.

§. 620. * Vgl. außer den Citaten in §. 496 Note 19 Num. 3 noch Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 384 fg., Sintenis III §. 183 Anm. 11.

[1] L. 7 §. 3. 7. 8 C. de curatore furiosi 7. 70. Vgl. auch die übrigen

a) das die Erbschaft herausgegeben werden muß denjenigen, welche die nächsten Erben zur Zeit des Todes des Wahnsinnigen sind[2];

b) daß den künftigen Erben keine Caution für die Herausgabe der Erbschaft geleistet zu werden braucht[3], und

c) daß der für die Person des Wahnsinnigen gemachte Aufwand, wenn derselbe kein anderes Vermögen hat, nicht erstattet zu werden braucht[4].

2. Ueber den provisorischen Besitzerwerb des bedingt Eingesetzten s. §. 554 Note 3—6.

VI. Veräußerung der Erbschaft.

§. 621.

1. Die Veräußerung der Erbschaft bewirkt keine Gesammtnachfolge. Der Erwerber erwirbt nicht die Erbschaft als solche, sondern tritt in die einzelnen zu derselben gehörigen Vermögensverhältnisse als einzelne ein[1]. Daher hat er das Eigenthum der Erbschaftssachen nicht vor der Tradition[2]; in Betreff der Erbschaftsforderungen ist er Cessionar[3]; aus den Schulden der

---

§. 596 Note 18 citirten Stellen. — Ueber die besondere Ansicht Vangerow's in Betreff der Natur dieses provisorischen Erwerbes vgl. §. 596 Note 19 Num. 3. Vangerow zieht aus dieser Ansicht die Consequenz, daß kein Anwachsungsrecht zu Gunsten der Miterben des Wahnsinnigen eintrete, und daß es daher kein Zufall sei, wenn Justinian in l. 7 §. 8 cit. die Miterben nicht nenne.

[2] L. 7 §. 8 C. tit. cit.

[3] L. 7 §. 8. 10 C. tit. cit.

[4] L. 51 pr. D. de H. P. 5. 3. [Seuff. Arch. XVII. 67.]

* Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita. — Glück XVI S. 309—378. Arndts RLex. IV S. 24—26. Keller Institutionen S. 325—330. Sintenis III §. 206, Unger §. 49. §. 621.

[1] Unger Anm. 3. — Doch ist in gewissem Sinne die hereditatis petitio gegen ihn zulässig. S. §. 614 Note 7.

[2] L. 6 C. h. t. „Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit". L. 14 §. 1 D. h. t., l. 4 C. h. t.

[3] Mandatum actionis: l. 2 §. 3. 8 D. h. t. Utilis actio: l. 5 C. h. t., l. 16 pr. D. h. t. Heutiges Recht der Cession: II §. 329. Besonderheit bei der Cession gerade durch Erbschaftsveräußerung: der alte Gläubiger ist sofort ausgeschlossen, l. ult. D. de transact. 2. 15 (II. §. 331 Note 12).

Erbschaft haftet er nur nach den Regeln der Schuldübernahme[4]. Bloß wer eine Erbschaft vom Fiscus erworben hat, ist wirklicher Gesammtnachfolger[5].

2. Was das Rechtsverhältniß zwischen dem veräußernden Erben und dem Erwerber angeht, so bestimmt sich dasselbe im Besonderen nach dem besonderen Inhalt des Veräußerungsgeschäftes[6]; im Allgemeinen aber sind die Parteien sich gegenseitig verpflichtet[7], eine der andern dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber Erbe geworden wäre[8]. Im Einzelnen muß der Erwerber dem Veräußerer die Erbschaftssachen tradiren[9], und ihn in den Stand setzen, die Erbschaftsansprüche zu verfolgen[10]; der Erwerber muß dem Veräußerer alle Erbschaftslasten abnehmen bez. ihm das zur Abtragung von Erbschaftslasten Aufgewendete ersetzen[11]. Rechte

---

[4] S. II §. 338 und §. 368 Note 4. Die Annahme, daß schon in dem Erbschaftskaufe als solchem eine Uebernahme der Schulden auch den Gläubigern gegenüber liege (Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 263), halte ich für zu kühn. — Römisches Recht: l. 2 C. h. t.: dazu aber auch l. 2 C. de pactis 2. 3 (II §. 338 Note 2 a. E.). — Was von den Erbschaftsschulden, gilt auch von den Vermächtnissen, l. 2 C. de leg. 8. 37.

[5] L. 1 C. h. t., l. 41 D. de I. F. 49. 14. Vgl. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 1 (RLex. S. 25—26) gegen Kämmerer das. IX. 11.

[6] Ob es Kauf, Schenkung, Leistung an Erfüllungsstatt ꝛc. ist. Von der Schenkung einer Erbschaft ist die Rede in l. 28 D. de don. 39. 5.

[7] Aus der Veräußerung als solcher. Freilich nicht nach römischem Recht.

[8] L. 9 D. comm. praed. 8. 4.: — „id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse . .“. L. 2 §. 18 D. h. t.: — „aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere . .“. L. 2 pr. D. h. t.: — „cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset . .“. — Die Parteien müssen sich gewähren, was der Erwerber haben würde, wenn er Erbe geworden wäre; im Zweifel haben die Parteien unter Erbschaft die Erbschaft verstanden, wie sie an den Veräußerer gelangt ist. L. 2 §. 1 D. h. t.

[9] L. 14 §. 1 D. h. t., l. 4 C. h. t.

[10] Eine besondere Cession ist zwar zu diesem Ende nicht nothwendig (Note 3), wohl aber die Gewährung der nöthigen Beweismittel (II §. 336 Note 1). S. noch l. 2 §. 8 D. h. t.

[11] L. 2 §. 9 D. h. t. „Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere“. L. 2 §. 20 D. h. t. Im Einzelnen gehören hierher namentlich Erbschaftsschulden und Vermächtnisse. L. 2 §. 3. 7 i. f. l. 24 D. h. t., l. 28 D. de don. 39. 5; l. 2

und Verpflichtungen, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden, welche aber durch dessen Erbewerden zu Grunde gegangen sind, müssen zu seinen Gunsten und seinen Lasten wiederhergestellt, fällige Forderungen dieser Art müssen sogleich befriedigt werden[12]. Was der Erbe aus der Erbschaft in gutem Glauben gegen Entgelt veräußert hat, braucht er nur in dem dafür erhaltenen Ersatz herauszugeben[13]; statt des unentgeltlich Veräußerten muß er dessen Werth leisten[14]. Auch für sonstige absichtlich herbeigeführte Erbschaftsminderungen muß er Werthersatz geben[15], und selbst für solche, die ihren Grund in einer groben Nachlässigkeit von seiner Seite hatten[16]. Andererseits muß er auch den Zuwachs der Erbschaft mit herausgeben[17]. Wegen Entwehrung einzelner Erbschaftssachen haftet er nicht, wenn er in dieser Beziehung keine Garantie übernommen hat[18]; wohl aber

---

C. h. t., l. 2 C. de leg. 6. 37. S. ferner l. 2 §. 11 D, h. t. (der Erbe hat seinerseits etwas für den Erwerb der Erbschaft gegeben); l. 2 §. 16 eod. (öffentliche Abgaben); l. 2 §. 17 eod. (Begräbnißkosten). Vgl. noch l. 2 §. 10. 12 13. 14 l. 18 D. h. t.

[12] L. 2 §. 6. 15. 18. 19 D. h. t., l. 20 eod., l. 9 D. comm. praed. 8. 4.

[13] L. 2 §. 3 l. 21 D. h. t., l. 2 §. 9 i. f. eod. — Man halte fest, daß hier nur von solchen Veräußerungen von Erbschaftssachen die Rede ist, welche vor der Veräußerung der Erbschaft gemacht worden sind. Nach der Veräußerung der Erbschaft ist die Verantwortlichkeit des Veräußerers nach dem Inhalt des Veräußerungsgeschäftes zu bemessen. Es ist aber in dieser Beziehung noch zu bemerken, daß der Veräußerer das für die veräußerte Erbschaftssache Erlangte unter allen Umständen herausgeben muß, selbst wenn ihn wegen der Erbschaftssache selbst eine Verantwortlichkeit nicht trifft; es ist an Stelle der veräußerten Sache getreten und statt dieser Erbschaft geworden. Dieß sagt ebenfalls die citirte l. 21 D. h. t., welche nach einer andern nicht hierher gehörigen Seite bereits oben II §. 327 Note 12 in Betracht gezogen worden ist.

[14] L. 2 §. 3 D. h. t.: — „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit". Eben aber weil dieser Satz auf die natürliche Billigkeit (bona fides) gestützt wird, darf er auf den Fall der Erbschaftsschenkung nicht erstreckt werden.

[15] L. 2 §. 5 D. h. t.

[16] L. 2 §. 5 cit. S. noch l. 2 §. 7 D. h. t.; andererseits l. 2 §. 5 i. f. l. 3 eod. Vgl. Unger a. a. O. Anm. 13.

[17] L. 2 §. 8 l. 25 D. h. t. Auch der anwachsende Erbtheil? S. darüber §. 603 Anm. 14.

[18] Welche auch in der Veräußerung auf Grund eines errichteten Inventars liegt.

steht er ein für den Bestand des Erbrechts, auf dessen Grund er veräußert hat[19].

Anhang. Rechtliche Stellung des Fiscus, an den eine erblose Erbschaft gelangt*.

§. 622.

Der Fiscus, an den eine erblose Erbschaft fällt, ist, wenn auch nicht Erbe, doch an Erbesstatt[1], und es steht ihm daher der Erbschaftsanspruch und die Erbschaftsklage zu[2]. Doch trägt er die Schulden nur bis zum Belange des activen Vermögens[3]. Die Vermächtnisse muß er, soweit die Erbschaft reicht, nicht bloß dann entrichten, wenn der Erblasser dieß ausdrücklich an-

---

[19] L. 2 pr. l. 7—9 l. 13 l. 14 §. 1 l. 15. 16 D. h. t., l. 1 C. de evict. 8. 45; vgl. l. 10—13 D. h. t.

§. 622. * Glück Intestaterbfolge S. 766 fg. (2. Aufl. 1822). Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 218 fg. (1831). Blume Rhein. Mus. IV. 6 (1833). v. Buchholtz juristische Abhandlungen Nr. 4 (1833). Elvers praktische Arbeiten Nr. 2 (1836). C. A. Schmidt de successionibus in bona vacantia ex iure Romano (akademische Preisschrift, 1836). v. Schröter Zeitschr. f. Civ. und Pr. X. 3 (1837). Krit. Jahrbücher f. deutsche RW. I S. 309 fg. (1837). Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 154 fg. (1837). v. Rummel das Verhältniß des Fiscus zu den bona vacantia (1840). Heimbach RLex. III S. 942 fg. (1841). Keller Institutionen S. 275 fg. Vangerow §. 564, Brinz S. 972. 973, Unger §. 90.

[1] Dieß ist die herrschende Meinung. Ihr gegenüber ist von Blume und Elvers eine ältere Meinung vertheidigt worden, wonach der Fiscus nicht sowohl an Erbesstatt, als vielmehr nur Occupant herrenloser Güter sein soll. Eine (wie immer treffliche) Uebersicht der Gründe und Gegengründe bei Vangerow a. a. O. — Eine Consequenz der hier vertretenen Ansicht ist, daß, wenngleich das erblose Vermögen in verschiedenen Territorien liegt, doch an den Fiscus des Domicils das Ganze fällt.

[2] L. 20 §. 7 D. h. t.

[3] L. 1 §. 1 l. 11 D. de I. F. 49. 14. Dieser Meinung sind nicht bloß, was sich von selbst versteht, die Anhänger der Occupationstheorie, sondern auch unter den Gegnern derselben z. B. Roßhirt, Schneider, Rummel; dawider Glück, Buchholtz, Schmidt, Schröter, Vangerow, Brinz, Arndts (Pand. §. 608). Mir scheint es, daß die einfachere und natürliche Erklärung der oben citirten Stellen doch zu der hier vertretenen Ansicht führt. Uebrigens ist der Streit sehr wenig praktisch; denn es wird kaum vorkommen, daß der Fiscus nicht über das erblose Vermögen ein vor-

geordnet hat[4], sondern auch ohne eine solche Anordnung[5]. Nach vier Jahren kann der Fiscus sein Recht nicht mehr geltend machen[6]. Veräußert er die Erbschaft, so tritt er aus allem Verhältniß zu derselben heraus, und haftet namentlich auch den Erbschaftsgläubigern nicht mehr[7].

Eine gleiche rechtliche Stellung, wie der Fiscus, nehmen auch die Corporationen ein, welche ihm vorgehen[8].

---

schriftsmäßiges Inventar errichtet (vgl. l. 3. 5 C. de bon. vac. 10. 10), und wenn er dieß nicht thut, so wird er auch nach der hier vertretenen Ansicht zur Zahlung sämmtlicher Schulden deßwegen für verpflichtet erklärt werden dürfen, weil er den Gläubigern den Beweis des Bestandes der Erbschaft unmöglich gemacht hat.

[4] L. 114 §. 2 D. de leg. II° 31.

[5] L. 96 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 2 §. 1 D. de alim. 34. 1, l. 14 D. de I. F. 49. 14. Diesen sehr allgemein redenden Stellen gegenüber (vgl. auch §. 1 I. de eo cui libertatis causa bona addicuntur 3. 10, l. 4 §. 17 D. de fideic. lib. 40. 5) ist es Willkür, die in einem Testamente hinterlassenen Vermächtnisse für den Fall auszunehmen, daß dem Testament die Codicillarclausel fehlt. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. III und die daselbst Citirten.

[6] L. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37.

[7] L. 1 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 41 D. de I. F. 49. 14, l. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. §. 614 Note 16, §. 621 Note 5.

[8] S. §. 570 Note 6. 7.

Fünftes Kapitel.

Das Vermächtniß*.

Einleitung.

§. 623.

Der Begriff des Vermächtnisses ist im Allgemeinen bereits §. 533 angegeben worden. Genau läßt sich der Begriff des Vermächtnisses nur in negativer Weise bestimmen[1]: das Vermächtniß ist eine letztwillige Zuwendung, welche weder Erbesein-

---

§. 623. * Die Lehre von den Vermächtnissen steht in den Institutionen II. 20—24, in den Pandekten XXX—XXXVI, im Codex VI. 37—54. Dazu kommen die von den Codicillen handelnden Titel: Inst. II. 25, Dig. XXIX. 7, Cod. 6. 36. — Aus der Literatur ist vor Allem hervorzuheben die leider erst zu einem kleinen Theil vollendete Darstellung von Arndts in der Fortsetzung von Glücks Pandektencommentar, in dieser Fortsetzung Bd. 46, erschienen 1868. 1869. [Jetzt auch Bd. 47 Abth. 1. 1871.] Eine kürzere Darstellung hat Arndts bereits im Jahr 1845 in Weiske's Rechtslexicon VI S. 279—344 gegeben. Im Folgenden geht das Citat Arndts ohne weiteren Zusatz auf die zuerst genannte Darstellung. — Gleichfalls unvollendet ist die Schrift von M. S. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen, 1. Abtheil. 1854. — S. ferner: Westphal hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von Legaten und Fideicommissen. 2 Bde. 1791. Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Recht. 2. Thle. 1835. — Die Schrift von Vering (§. 527*) behandelt die Lehre von den Vermächtnissen im Cap. XXI (S. 668—816), das Lehrbuch von Tewes (a. a. O.) II S. 218—397. — Endlich ist sogleich hier zu nennen die Schrift von Fein, das Recht der Codicille, welche in der Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar den 44. und 45. Band bildet, erschienen 1851. 1853.

[1] Vgl. zu dem hier Gesagten Brinz S. 866 fg., Arndts S. 80 fg.

setzung noch Schenkung auf Todesfall ist[2]. Dem Vermächtniß steht immer eine Erbschaft, das Vermögen des Erblassers als Ganzes, gegenüber, und es enthält, wenn es dem Erben auferlegt ist, eine Minderung der Erbschaft[3]. Das Vermächtniß braucht aber nicht nothwendigerweise dem Erben auferlegt zu werden[4], und kann, wenn es dem Erben auferlegt wird, nicht bloß etwas Einzelnes aus der Erbschaft, sondern auch die Erbschaft als solche zum Gegenstand haben[5].

Das Vermächtniß hat sich im römischen Recht in zwei verschiedenen Formen entwickelt, in den Formen des legatum und des fideicommissum[6]. Das legatum ist das Vermächtniß des Civilrechts, das fideicommissum verdankt seine Entstehung dem außerordentlichen Eingreifen der kaiserlichen Machtvollkommenheit seit August. Der dem fideicommissum ursprünglich zu Grunde liegende Gedanke ist, daß es nicht sowohl ein Recht gewähre, als eine sittliche Pflicht auferlege[7]. Aber die Erfüllung dieser Pflicht wurde erzwungen, zuerst in einzelnen Fällen, später regelmäßig[8], obgleich das Fideicommißverfahren, so lange der ordo iudiciorum privatorum bestanden hat, ein außerordentliches geblieben ist. Als nicht auf dem Rechtsboden stehend unterlag das Fideicommiß ursprünglich keiner der für das Legat geltenden Rechtsregeln; je mehr es aber als Rechtsinstitut erstarkte, in desto

---

[2] Wenn die Quellen das legatum eine donatio testamento oder a defuncto relicta nennen (l. 36 D. de leg. II°, §. 1 I. de leg. 2. 20), so ist hier das Wort donatio im uneigentlichen Sinne gebraucht, vgl. §. 365 Note 1. Man könnte das Vermächtniß als einseitige letztwillige Verfügung, welche nicht Erbeseinsetzung ist, definiren, wenn nicht nach heutigem Recht die Errichtung eines Vermächtnisses auch auf dem Vertragswege möglich wäre (§. 632).

[3] L. 116 pr. D. de leg. I°. „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit".

[4] S. §. 626 Num. 1.

[5] S. §. 662 fg.

[6] Ueber die geschichtliche Entwickelung des römischen Vermächtnißrechts vgl.: Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 61—134. 247—274, Mayer §. 1—8, Köppen S. 74—96, Schirmer S. 107—124, Arndts S. 6—80.

[7] §. 1 I. de fideic. her. 2. 23: — „et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur".

[8] §. 1. I cit., pr. I. de codic. 2. 25.

größerem Umfang sind diese Rechtsregeln auf dasselbe erstreckt worden. Doch ist der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen vor Justinian nie ganz ausgeglichen worden[9]; erst Justinian hat ihn vollständig beseitigt, und bestimmt, daß für alle Vermächtnisse nur ein Recht, und zwar im Widerspruchsfall das mildere der Fideicommisse, gelten solle[10].

Die folgende Darstellung des Vermächtnißrechts zerfällt in drei Abtheilungen. In der ersten Abtheilung sollen die allgemeinen Grundsätze für die Vermächtnisse überhaupt, in der zweiten die besonderen Grundsätze für die Vermächtnisse besonderen Inhalts entwickelt werden. Unter den Vermächtnissen besonderen Inhalts bedarf aber kraft seiner durchaus eigenthümlichen Natur einer abgesonderten Darstellung das Erbschaftsvermächtniß.

I. Allgemeine Grundsätze.

A. Die bei dem Vermächtnisse in Betracht kommenden Personen.

1. Der Vermächtnißgeber.

§. 624.

Fähig zur Errichtung eines Vermächtnisses ist nur derjenige, welcher sich auch einen Erben ernennen kann[1]. Eintreten der Errichtungsfähigkeit nach Errichtung des Vermächtnisses hilft nicht, wenn nicht zugleich eine gültige und namentlich in der gehörigen Form erklärte Bestätigung vorliegt[2]. Jedoch werden ausnahmsweise Vermächtnisse, welche in einem durch ein früheres Testament zum

---

[9] Gai. II. 246—289, Ulp. XXV, Paul. S. R. IV. 1. L. 1 D. de leg. I° enthält eine offensichtliche Interpolation.

[10] L. 1. 2 C. communia de legatis et fideicommissis 6. 43, aus den Jahren 529 und 531. Durch die erste dieser Constitutionen hat Justinian auch den Unterschied aufgehoben, welcher bis dahin zwischen den verschiedenen Formen der legata in Betreff ihrer rechtlichen Wirkung bestand. Gai. II. 192—223, Ulp. XXIV. 2—14.

§. 624. [1] L. 2 D. de leg. I°. „Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent". L. 114 pr. D. eod., l. 1 §. 1—5 D. de leg. II°, l. 6 §. 3 l. 8 §. 2 D. de codic. 29. 7.

[2] Vgl. l. 1 §. 1. 5 D. de leg. III°, und dazu Fein XLIV S. 41 fg., Vangerow II §. 540 Anm. Nr. V.

Voraus bestätigten Codicill von einem aus Rechtsgründen Unfähigen, später fähig Gewordenen, errichtet worden sind, als Theil des Testamentes aufrecht erhalten, wenn dieses selbst zu Recht besteht[3].

2. Der Vermächtnißnehmer (der Bedachte).

§. 625.

1. Fähig, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden, ist, was physische Personen angeht, nur derjenige, welcher auch zum Erben eingesetzt werden kann[1]. Existenz (Conception) zur Zeit des Todes des Erblassers[2] ist aber nicht erforderlich[3]. Was juristische Personen angeht, so sind außer denjenigen, welche zu Erben eingesetzt werden können, auch alle Corporationen vermächtnißfähig[4].

2. Mehrere mit einem Vermächtniß Bedachte theilen nach Köpfen[5]; auch wenn Erben vermacht ist, darf im Zweifel nicht als Wille des Erblassers angesehen werden, daß sie nach Erb-

---

[3] L. 8 §. 3 D. de codic. 29. 7, l. 12 §. 5 D. de capt. 49. 15. Fein XLIV S. 53 fg.

[1] §. 24 I. de leg. 2. 20. „Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est". Vgl. l. 7 D. pro leg. 41. 8, und im Einzelnen: l. 5 C. ad leg. Iul. mai. 9. 8 („testamentis extraneorum nihil capiant"), l. 1 C. de sec. nupt. 5. 9 („omnium . . legatorum, fideicommissorum sit expers"), l. 10 C. de leg. her. 6. 58 („iure substitutionis"), l. 5 C. e incest. nupt. 5. 5 („nihil . . praedictis . . vel donet superstes, vel moriturus derelinquat"). Auch die s. g. Incapacität (§. 550) bezieht sich auf Vermächtnisse, wie auf Erbeseinsetzungen; s. die a. a. O. citirten Stellen. Ebenfalls das gleiche Recht, wie für Erbeseinsetzungen, gilt in Betreff der Zeit, zu welcher die Fähigkeit des Vermächtnißnehmers vorhanden sein muß (§. 549 Num 1), l. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. Arndts S. 377 Note 7. §. 625.

[2] Vgl. 535 Num 1.

[3] L. 32 §. 6 D. de leg. II°, l. 22 C. de leg. 6. 37. Andere wollen von dem bezeichneten Erforderniß nur bei Familienfideicommissen, von denen die zuerst genannte Stelle handelt, absehen. Vgl. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 412 fg., Huschke T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum p. 11 sqq., Arndts S. 410. Vgl. auch Seuff. Arch. XII. 174. — Vermächtniß an eine erst durch das Vermächtniß zu begründende Stiftung: vgl. §. 549 Num. 2 und Arndts S. 413 fg. Seuff. Arch. XVIII. 4.

[4] L. 20 D. de reb. dub. 34. 5, l. 38 §. 6 D. de leg. III°. Vgl. §. 535 Note 11 fg. Die ruhende Erbschaft dagegen ist auch des Vermächtnisses unfähig, §. 531 Note 10 z. E.

[5] L. 19 §. 2 D. de leg. I°, l. 88 §. 6 D. de leg. II°, l. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. Vgl. l. 23 §. 1 C. de leg. 6. 37.

theilen theilen sollen[6]. Auch dann wird nach Köpfen getheilt, wenn einunddieselbe Gegenstand Mehreren nicht zusammen, sondern jedem besonders vermacht ist[7]. Ist einunddieselbe Gegenstand Mehreren zusammen und außerdem einem Andern besonders vermacht, so erhalten die zusammen Genannten zusammen nur Einen Theil[8]. Ist ein Gegenstand zuerst dem Einen ganz, darauf einem Anderen zum Theil vermacht, so erhält der Erstgenannte nur den übrigbleibenden Theil[9]. — Bei alternativer Bedenkung Mehrerer soll nach Justinian's Vorschrift das „oder" als „und" verstanden werden[10]; welche Vorschrift jedoch nur dann Platz greift, wenn nicht ein abweichender Wille des Erblassers unzweideutig erhellt[11]. — Ist Einem aus einem näher bezeichneten Kreise von Personen vermacht, so können, wenn der

---

[6] L. 67 §. 1 D. de leg. I°, l. 24 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 23 eod.

[7] L. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. Doch ist in diesem Falle zuzusehen, ob der Wille des Erblassers nicht dahin ging, daß Jeder den vermachten Gegenstand erhalten solle, der Eine in Natur, der Andere in Werth. L. un. §. 11 cit. i. f., l. 33 D. de leg. I°, l. 20 D. de leg. III°. (Das ältere Recht ließ diese Behandlung immer eintreten beim Damnationslegat. Gai. II. 205, Ulp. XXIV. 13; über das legatum sinendi modo s. Gai. II. 213, l. 14 D. de usu et usufr. 33. 2. Dieß hat Justinian aufgehoben, l. un. §. 11 cit.) Es ist ferner zuzusehen, ob der Erblasser nicht durch die Vermachung an den Zweiten die Vermachung an den Ersten hat zurücknehmen wollen, l. 33 l. 34 pr. D. de leg. I°. S. auch Note 9. Arndts S. 476 fg.

[8] L. 34 pr. D. de leg. I°. Arndts S. 507 fg. Vgl. §. 551 Note 2.

[9] L. 23 pr. C. de leg. 6. 37. Vgl. §. 552 Note 12. Arndts S. 517 fg.

[10] L. 4 C. de V. S. 6. 38. Vgl. II §. 297 Note 4, Arndts S. 453 fg.

[11] Namentlich will die Bestimmung gewiß nicht den Beschwerten des ihm vom Erblasser ausdrücklich zugestandenen Wahlrechts berauben. Daher ist in l. 16 pr. D. de leg. II° („Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret; nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri") nur die zweite Bestimmung als durch l. 4 C. cit. beseitigt anzusehen. Arndts S. 458. 466 fg. will auch sie (für den Fall der dem Beschwerten ausdrücklich gegebenen Wahl) aufrecht erhalten; Fitting Natur der Correalobligationen S. 154 in der Note ist der Ansicht, sie sei aufgenommen worden, um anzudeuten, daß durch unzweideutige Willenserklärung des Erblassers auch nach l. 4 C. cit. noch eine Correalobligation begründet werden könne. — Ferner gehören hierher l. 77 §. 32 D. de leg. II°, l. 3 §. 1 D. de adim. 34. (Arndts S. 470 fg.).

Beschwerte nicht Einem leistet, Alle fordern[12]. Hat der Erblasser angeordnet, daß ein gewisses Vermögensstück der Familie erhalten bleiben solle[13], so ist forderungsberechtigt, wenn der Empfänger das Vermögensstück unter Lebenden oder auf Todesfall an einen Fremden bringt[14], der dem Grade nach nähere Verwandte[15], in Ermangelung eines Verwandten auch der Ehegatte eines verstorbenen[16].

3. Vermächtnißnehmer ist im gegebenen Fall derjenige, welchem der Erblasser durch seine Verfügung einen Vortheil hat zuwenden wollen, und so möglicherweise ein Anderer, oder auch ein Anderer, als der in der Verfügung als Empfangsperson Bezeichnete[17].

3. Der mit dem Vermächtniß Beschwerte*.

§. 626.

1. Beschwert mit einem Vermächtniß kann Jeder werden,

[12] L. 17 §. 1 D. de leg. II°. „Si heres damnatus esset, decem uni ex libertis dare, et non constituerit, cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est". L. 24. 25 eod., l. 67 §. 7 l. 77 §. 4 eod., l. 21 D. de statulib. 40. 7. Diesen Fall stellt Fitting a. a. O. S. 151 fg. Note 179 gewiß mit Unrecht dem Fall der alternativen Bedenkung gleich; s. dagegen Arndts S. 466 fg.

[13] Vgl. die Literaturangaben §. 637 Note 3.

[14] L. 114 §. 15—17 D. de leg. I°, l. 67 pr. — §. 4 l. 69 §. 1. 3 D. de leg. II°; l. 4 C. de fideic. 6. 42, l. 88 §. 15 D. de leg. II°, l. 38 pr. D. de leg. III°; l. 120 §. 1 D. de leg. I°, l. 11 C. de fideic. 6. 42; l. 77 §. 27 D. de leg. II°, Nov. 159 pr. c. 3.

[15] L. 69 §. 3 D. de leg. II°. Vgl. Seuff. Arch. VII. 209. 210.

[16] L. 5 C. de V. S. 6. 38. — In dieser Weise kann nicht bloß der erste, sondern auch jeder folgende Inhaber beschwert werden. S. darüber §. 637 Note 4 fg.

[17] L. 11 §. 22 D. de leg. III°. „Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit". L. 3 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3. „Et est verum, non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset". Beispiele: l. 49 §. 4—7 D. de leg. I°, l. 11 §. 22 D. de leg. III°, l. 28 §. 10—12 D. de lib. leg. 34. 3; l. 3 §. 3—5 D. de lib. leg. 34. 3; l. 69 §. 2 D. de leg. I°, l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1. Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 253 fg.

* Der Ausdruck „Vermächtnißträger", welchen Andere, und namentlich §. 626.
Arndts gebrauchen, scheint mir die Vorstellung, daß nicht der Beschwerte, sondern der Bedachte gemeint sei, nicht hinlänglich auszuschließen. Nur die

welcher durch den Tod des Erblassers und kraft des Willens desselben Etwas erhält[1]; im Einzelnen nicht bloß der Testaments-, sondern auch der Intestaterbe[2], nicht minder der Vertragserbe[3], auch der Fiscus für den Fall, daß das Vermögen als erbloses Gut an ihn gelangen sollte[4], ferner der Vermächtnißnehmer[5], der auf Todesfall Beschenkte[6], und wer durch Erfüllung der einer andern letztwilligen Verfügung gestellten Bedingung etwas erhält[7]. Auch die Erben der bezeichneten Personen können mit einem Vermächtniß beschwert werden[8]; ebenso der Gewalthaber, welcher durch das bedachte Hauskind erwirbt[9]. Dagegen kann demjenigen, welcher zwar durch den Tod des Erblassers, aber nicht kraft des Willens desselben, etwas erhält, ein Vermächtniß nicht auferlegt werden[10].

2. Mehrere mit einem Vermächtniß Beschwerte tragen dasselbe zu gleichen Theilen, ausgenommen wenn Erben als solche

---

verbale Redeweise: ein Vermächtniß tragen ist durchaus unmißverständlich. — [Ueber die in diesem §. besprochenen Fragen ist jetzt zu vergleichen Arndts Forts. von Glück XLVII S. 178—264.]

[1] L. 1 §. 6 D. de leg. III°. „Sciendum est autem, eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur". Mit einem Legate konnte nur der Testamentserbe beschwert werden; der Intestaterbe nicht, weil das Legat in einem Testament hinterlassen werden mußte, aber auch der Legatar nicht. Gai. II. 260. 271, Ulp. XXIV. 20, pr. I. de sing. reb. 2. 24.

[2] L. 8 §. 1 D. de iure codic. 29. 7, l. 92 §. 2 D. de leg. I°, l. 1 §. 7—10 D. de leg. III°.

[3] Aber natürlich nicht nach dem Erbvertrag, wenn nicht Widerruf vorbehalten ist. Fein Forts. von Glück XLIV S. 197 fg., Hartmann Erbverträge S. 55 fg.

[4] L. 114 §. 2 D. de leg. I°.

[5] Pr. I. de sing. reb. 2. 24.

[6] L. 77 §. 1 D. de leg. II°, l. 3 pr. §. 3. 4 D. de leg. III°, l. 9 C. de fideic. 6. 42. Dem auf Todesfall Beschenkten kann auch nach der Schenkung ein Vermächtniß auferlegt werden, wenn nicht auf den Widerruf verzichtet ist, vgl. II §. 369 Note 4. 5.

[7] L. 96 §. 4 D. de leg. I°.

[8] L. 5 §. 1 l. 6 pr. D. de leg. III°, l. 15 D. de adim. 34. 4. Pupillarsubstitut: §. 559 Num. 8. Intestaterbe des Pupillen: l. 92 §. 2—l. 94 pr. l. 126 pr. D. de leg. I°.

[9] Ulp. XXIV. 21. XXV. 10; l. 11 D. de leg. I°, über welche Stelle zu vergleichen ist Vangerow II §. 521 Anm. 1.

[10] L. 2 D. de leg. III°, l. 31 C. de fideic. 6. 42; l. 114 §. 1 D. de leg. I°, l. 28 D. de leg. II°; l. 6 §. 1 D. de leg. III°.

beschwert worden sind; dieselben sind vermächtnißpflichtig nach Erbtheilen[11]. Mehrere mit einem Vermächtniß alternativ Beschwerte sind Correalschuldner[12].

3. Ist ein Beschwerter nicht genannt, so fällt das Vermächtniß dem oder den Erben zur Last, den Erben nach Erbtheilen[13].

---

[11] L. 86 §. 3 D. de leg. II°, l. 124 i. f. eod. Daß die Beschwerten als Erben haben beschwert werden sollen, ist dann unzweifelhaft, wenn die Verfügung lautet, daß „die Erben", „meine Erben", das Vermächtniß entrichten sollen. Wie aber wenn die Beschwerten namentlich aufgeführt worden sind? Für diesen Fall bietet der Auslegung einen sehr nahe liegenden Anhalt die Betrachtung, daß, wenn die sämmtlichen Erben genannt worden sind, der Erblasser mit der namentlichen Bezeichnung derselben allerdings wohl etwas Besonders, also Gleichstellung der Einzelnen, gemeint haben wird, da es sonst jedenfalls kürzer gewesen wäre, sich in der zuvor bezeichneten Weise auszudrücken, oder einen Beschwerten überhaupt nicht zu nennen (Note 13); daß dagegen, wenn der Erblasser nur einige der Erben genannt hat, er zur namentlichen Bezeichnung wahrscheinlich nur deßwegen gegriffen haben wird, um diejenigen, welche er beschweren wollte, vor ihren Miterben kenntlich zu machen. Doch war in der römischen Jurisprudenz auch die Meinung vertreten, daß die namentliche Bezeichnung der Erben die Belastung nach Erbschaftstheilen in keinem Fall, so wie die umgekehrte, daß sie dieselbe in jedem Fall ausschließe. S. einerseits l. 17 D. de duob. reis 45. 2, gegen l. 124 D. de leg. I°; andererseits l. 54 §. 3 D. de leg. I° (zu dem Schluß dieser Stelle vgl. l. 37 D. de stip. serv. 45. 3, von demselben Verfasser). Mit der Vereinigung dieser Stellen hat man sich viele Mühe gegeben; aber, wie ich glaube, und wie dieß auch von den Meisten anerkannt wird, vergebliche. Die Stellen heben sich also gegenseitig auf, und es steht nichts im Wege, die oben bezeichnete Regel, welche freilich lediglich Auslegungsregel ist, der Rechtsanwendung zu Grunde zu legen. Eine ähnliche Meinungsverschiedenheit zeigt die römische Jurisprudenz in Beziehung auf die Frage, zu welchen Theilen ein Sclave seinen mehreren Herren erwerbe, s. l. 5 l. 7 pr. l. 37 D. de stip. serv. 45. 3. Literatur: Roßhirt I S. 238 fg., Arndts RLex. VI S. 284 fg., Dabis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 9. Gerstlacher zur Lehre von dem Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legat belasteten Erben und dem Legatar (Heidelberg 1853), Brinz S. 914 fg. Vangerow II §. 521 Anm. 3. [Arndts Forts. von Glück XLVII S. 228—264, welcher bei jeder namentlichen Bezeichnung des Beschwerten Kopftheilung eintreten lassen will. Serafini Archivio giuridico 1871 (neuer Vereinigungsversuch.)]

[12] L. 8 §. 1 D. de leg. I°, l. 25 pr. D. de leg. III°. Vgl. II §. 297 Note 4. — Solidarität der Verpflichtung tritt auch bei Untheilbarkeit des Vermächtnisses ein, l. 11 §. 23. 24 D. de leg. III°, l. 7 D. de serv. leg. 33. 3, l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. II §. 299.

[13] L. 33 pr. D. de leg. II°.

4. Das Vorvermächtniß*.

§. 627.

Das Eigenthümliche des Vorvermächtnisses[1] besteht darin, daß in ihm der Vermächtnißnehmer theilweise zugleich der Vermächtnißbeschwerte ist. Ein Vorvermächtniß ist nämlich ein Vermächtniß, welches einem von mehreren Erben zu Lasten der Erben, also auch zu seinen eigenen Lasten hinterlassen wird[2]. Das Vorvermächtniß ist für den Erbtheil des Vermächtnißnehmers nichtig; das will sagen, daß der Vermächtnißnehmer für seinen Erbtheil das ihm Vermachte nicht als Vermächtnißnehmer bekommt, sondern als Erbe behält[3], Dieß Letztere jedoch nur unter der

---

§. 627. * Die ausführlichste, und eine außerordentlich ausführliche, Darstellung der Lehre von den Vorvermächtnissen ist die von v. Buchholtz: die Lehre von den Prälegaten (1850). S. außerdem: v. d. Pfordten de praelegatis (1832). Claussen in: Juristische Zeitschrift, herausgeg. von dem Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Advocatenverein Jahrg. 1845 S. 144 fg. Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXV. 8. (1852). Czyhlarz über das legatum per praeceptionem, Haimerl's österr. VJSchr. III S. 115 fg (1859). Roßhirt I S. 255 fg. (s. auch dens. in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht V S. 268 fg.). Arndts RLex. VI S. 288—290. Vangerow II §. 523, Sintenis III §. 210, Brinz S. 910 fg., Unger §. 55 a. E. [Arndts Forts. von Glück XLVII S. 1—178.]

[1] Der Ausdruck praelegatum kommt in den Quellen nicht vor, während ihnen der Ausdruck praelegare durchaus geläufig ist. Vgl. Buchholtz S. 16 fg.

[2] Es ist zwar sprachlich nicht unrichtig, von einem Vorvermächtniß auch da zu reden, wo ein Erbe mit einem Vermächtniß auf einen bestimmten anderen Erben angewiesen ist; aber ein solches Vermächtniß steht (abgesehen davon, daß es auch auf dem Wege der Erbtheilung geltend gemacht werden kann, l. 17 §. 2 D. de leg. I°) ganz unter den gewöhnlichen Grundsätzen von den Vermächtnissen. Vgl. Buchholtz S. 144 fg. [A. M. in Betreff der bezeichneten Geltendmachung des Vermächtnisses Arndts Forts. von Glück XLVII S. 13 fg.] — Der natürlichste Ausdruck für die Anordnung eines Vorvermächtnisses ist: daß der Erbe etwas aus der Erbschaft zum Voraus haben oder nehmen, daß ihm etwas aus der Erbschaft im Voraus vermacht sein solle. Hierher gehört das legatum per praeceptionem der Römer, Gai. II. 216; vgl. ferner l. 34 §. 1 l. 88 §. 3 D. de leg. II°, l. 41 §. 3 D. de leg. III°, l. 32 §. 4 D. de auro 34. 2. Aber nothwendig ist diese Ausdrucksweise nicht, vgl. l. 104 §. 3 D. de leg. I° („quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare"), l. 104 §. 5 eod., l. 1 §. 6 quod leg. 43. 3. [Arndts XLVII S. 30 fg.]

[3] „Heredi a semet ipso legari non potest", Ulp. XXIV. 22. L. 18 l. 34 §. 11 l. 116 §. 1 D. de leg. I°, l. 34 §. 1 D. de leg. II°. L. 18 §. 2 D. de his quae ut ind. 34. 9: — „quamquam legatum pro ipsius

Voraussetzung, daß es ihm nicht durch Anwachsung zu Gunsten eines Mitvermächtnißnehmers genommen wird[4]. Wird er nicht

---

parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret". L. 40 pr. D. de leg. III°, l. 1 §. 6 D. quod leg. 43. 3. Diesen logisch nothwendigen Satz bezeichnet Claussen a. a. O. als „irrationales Dogma", welches die römischen Juristen selbst bei der Anwendung außer Acht gelassen hätten; darüber ist nach der ausführlichen Widerlegung Vangerow's (Arch. S. 269 fg. — s. auch Buchholtz S. 200 fg. — kein Wort mehr zu verlieren. Consequenzen des bezeichneten Satzes: *a*) l. 74. 86 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 24 C. fam. erc. 3. 36; *b*) l. 18 §. 3 D. ad. SC. Treb. 36. 1 [vgl. §. 666 Note 5].

[4] L. 34 §. 11 D. de leg. I°. „Si duobus sit legata (sc. res), quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque, quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit". L. 116 §. 1 D. de leg. I°: — „si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem et ab alio herede trientem vindicabunt". Ist der Mitvermächtnißnehmer ebenfalls Erbe, so tritt wechselseitiges Anwachsungsrecht ein, und es bekommt also jeder Vermächtnißnehmer das Vermächtniß zum Erbtheil des andern. L. 34 §. 12 D. de leg. I°. „Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam". S. auch l. 2 pr. D. de instr. 33. 7 („pro *partibus coheredum* viriles habituros legatarios placuit"). — Die Entscheidungen dieser Stellen beruhen auf einer unabweisbaren Consequenz, wenn man die Verfügung des Erblassers nach dem Wortlaut seiner Erklärung dahin versteht, daß der Vorvermächtnißnehmer oder die Vorvermächtnißnehmer das ihnen Gegebene als Vermächtnißnehmer haben sollen. Zu einem anderen Ergebniß gelangt man aber, wenn man annimmt, daß der Erblasser nur das Endresultat im Auge gehabt habe, ohne auf den juristischen Weg, auf welchem dasselbe erreicht wird, Gewicht zu legen. In diesem Falle müssen den mehreren Vermächtnißnehmern, da der Erblasser keinen Unterschied zwischen ihnen gemacht hat, schlechthin gleiche Theile zugesprochen werden, und diese gleichen Theile erhalten sie dadurch, daß ein jeder Vorvermächtnißnehmer sich anrechnet, was er als Erbe bereits hat, und herausgibt, was er als Erbe zuviel hat. Welches der wirkliche Wille des Erblassers sei, wird im gegebenen Falle mit Rücksicht auf die besonderen Umstände desselben zu bestimmen sein; im Zweifel ist m. E. die zweite Auslegung vorzuziehen. Wenn Jemand bestimmt, daß der von ihm ernannte Erbe ein bestimmtes Grundstück mit Titius zusammen haben soll, so wird Niemand daran zweifeln, daß es sein Wille sei, daß der Erbe dem Titius die Hälfte des Grundstücks abgeben solle; wenn er aber gesagt hat: das Grundstück So und So vermache ich meinem Erben und dem Titius

Erbe, so bekommt er das Vermachte als Vermächtnißnehmer auch für seinen Erbtheil[5]; dieß gilt aber nicht auch für seinen Erben im Fall seines Todes vor dem Erbschaftsantritt[6].

zusammen, so soll es seinem Willen entsprechen, daß Titius das ganze Grundstück erhalte? Daher geht Vangerow (s. namentlich den Aufsatz im Archiv) m. E. zu weit, wenn er die in den Quellen vorkommende Art der Vertheilung unbedingt als die allein gerechtfertigte vertheidigt, während ihm die Widerlegung derjenigen, welche die Gleichstellung der Vermächtnißnehmer bereits in den Quellen ganz (Claussen) oder theilweise (Buchholtz, Sintenis) anerkannt finden, vollständig gelungen ist. Im Besonderen über l. 67 §. 1 D. de leg. I° s. Vangerow Arch. S. 307 fg. Lehrbuch S. 426. Vgl. auch Arndts RLex. S. 289. [In der Forts. von Glück XLVII S. 141 fg. kommt dieser Schriftsteller jetzt zu dem Resultat, daß den oben genannten Stellen für das heutige Recht die praktische Bedeutung abzusprechen sei. Auf die hier entwickelte Vermittelung nimmt er keine Rücksicht.] — Specielle Frage für den Fall, wo Anwachsung stattfindet: nach welchen Theilen wächst, wenn der Vorvermächtnißnehmer mehr als Zwei sind, das, was Jeder als Erbe hat, den anderen Vorvermächtnißnehmern an? Nach meiner Meinung der Regel gemäß zu gleichen Theilen, während Vangerow (Archiv S. 311 fg. Lehrbuch S. 424) sich dafür ausgesprochen hat, daß ihnen anwachse nach denjenigen Theilen, zu welchen ihr Vermächtniß zu Recht besteht, also z. B. wenn A auf $1/6$, B auf $2/6$, C auf $3/6$ zur Erbschaft berufen sind, dem A und B nach dem Verhältniß von 5 zu 4, dem B und C nach dem Verhältniß von 4 zu 3, dem A und C nach dem Verhältniß von 5 zu 3. Dieser Meinung, welcher eventuell auch Buchholtz (S. 434 Note 100) beigetreten ist (dagegen Roßhirt in seiner Zeitschr. V S. 270 fg.) halte ich deßwegen für unrichtig, weil das Anwachsungsrecht zwischen Mitvermächtnißnehmern darin seinen Grund hat, daß Jedem das Ganze vermacht worden ist, und dieß ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die Theile, welche der Eine und der Andere am Ganzen bereits hat, von verschiedener Größe sind. [Für Vangerow, jedoch ohne Begründung, Arndts a. a. O. S. 159.]

[5] L. 18 l. 91 §. 2 D. de leg. I°; l. 12 l. 18 § 2 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 87. 89 l. 90 pr. D. de leg. I°. Vgl. l. 88 l. 90 §. 1 D. de leg. I°, l. 92 pr. D. de leg. III°, l. 20 pr. D. de instr. 33. 7. [Arndts Forts. von Glück XLVII S. 59 fg. 82 fg.] Der Wille des Erblassers wird dadurch aufrechterhalten, daß angenommen wird, er habe dem Vermächtnißnehmer für den Fall des Nichterbewerdens den seinem Erbtheil entsprechenden Theil des Vermächtnisses wiederholt vermacht. Nicht richtig wäre die Auffassung, daß das Vermächtniß durch das Nichterbewerden des Vermächtnißnehmers nachträglich gültig werde (§. 638); ebenso unrichtig die Auffassung, daß es erst durch das Erbewerden des Vermächtnißnehmers ungültig werde. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. Vgl. Arndts RLex. S. 289—290, Buchholtz S. 168 fg., Vangerow Lehrb. Num. IV. [Arndts a. a. O. S. 103 fg.]

[6] L. 75 §. 1 D. de leg. II°. Die günstige, in der vorigen Note

B. Form der Errichtung des Vermächtnisses*.

1. Testament und Codicill.

§. 628.

Ein Vermächtniß kann gültig in einem Testamente, aber braucht nicht in einem Testamente errichtet zu werden. Eine Vermächtnißverfügung, welche nicht in einem Testamente errichtet ist, fällt unter den Begriff des Codicills. Mit diesem Namen wird nämlich eine jede letztwillige Verfügung bezeichnet, welche keine Erbeseinsetzung enthält[1].

---

bezeichnete Auslegung tritt nicht ein, wenn von derselben nur die Erben des Vermächtnißnehmers Vortheil haben würden, an welche der Erblasser gar nicht gedacht hat. In dieser Weise ist, wie ich glaube, die Schwierigkeit zu beseitigen, welche hier l. 104 §. 6 D. de leg. I° und l. 31 D. quando dies 36. 2 entgegenstellen. Anders Vangerow Lehrb. Num. IV. Schütze Jahrb. f. Dogm. III S. 418 fg. nimmt an, die l. 75 cit. handle gar nicht von einem Vorvermächtniß, indem der Ausdruck praeceptio im engeren Sinn im Gegensatz zu dem Ausdruck praelegatum das zu Gunsten eines Miterben einem andern Miterben auferlegte Vermächtniß bezeichne. Zum Beweise dieser Behauptung ist nicht einmal ein Versuch gemacht worden und widerlegt wird sie durch die Stelle selbst („praeceptionum autem *portiones*, quae pro parte coheredum constiterunt"), von welchen Worten Schütze eine durchaus unbefriedigende Erklärung gibt. [Serafini Archivio giuridico 1871 p. 182 s. Arndts XLVII S. 116 fg.]

* Inst. 2. 25 de codicillis. Dig. 29. 7 de iure codicillorum. Cod. 6. 36 de codicillis. — Die Hauptschrift über die Codicille ist die §. 623 Note * a. E. citirte von Fein. S. außerdem Witte RLex. II S. 670—681 (1844). Roßhirt I S. 1—73. Mayer §. 16—29. Vangerow II §. 526—528, Sintenis III §. 208, Brinz §. 210, Unger §. 56. §. 628.

[1] Ein Codicill kann nicht bloß Vermächtnisse enthalten, sondern z. B. auch die Anordnung einer Vormundschaft (s. II §. 433 Note 6 und Fein XLV S. 166 fg.) und nach römischem Recht Freilassungen von Sclaven. Ueber den Begriff des Codicills s. l. 20 D. h. t., l. 14 C. de testam. 6. 23 (beide abgedruckt §. 538 Note 3), l. 13 §. 1 D. h. t. Was die Bezeichnung angeht, so gebrauchen die Quellen den Ausdruck codicillus meistens im Plural (codicilli); der Singular gehört nur oder fast nur der Sprache der späteren Kaiserzeit an. L. 148 D. de V. S. 50. 16; l. 19 D. h. t., l. 38 D. de cond. 35. 1; l. 3 C. h. t., l. 14 C. de testam. 6. 23, l. 28 pr. §. 1 eod. u. a. m. Fein XLIV S. 16 fg. Seinem Wortsinn nach geht der Ausdruck nur auf schriftliche Verfügungen; aber von „codicillis sine scriptis habitis" spricht schon Justinian (l. 3 pr. C. de bon. lib. 6. 4, vgl. auch l. 13 C. de ss. eccl. 1. 2), und uns ist die Bezeichnung: mündliches Codicill ganz

Die für das Codicill vorgeschriebene Form unterscheidet sich von der Testamentsform dadurch[2], daß bei der Errichtung eines Codicills nicht 7, sondern nur 5 Zeugen zugezogen zu werden brauchen[3]. Im Uebrigen muß bei der Errichtung eines Codicills das Nämliche beobachtet werden, wie bei der Errichtung eines Testaments[4]. Im Einzelnen ist also erforderlich: Aufforderung

---

geläufig. Fein XLIV S. 411 fg. — Wie das Wesen des Codicills darin besteht, daß es eine Erbeseinsetzung nicht beabsichtigt, so kann andererseits in der für ein Codicill genügenden Form eine Bestimmung über die directe Erbfolge nicht getroffen werden: „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest", §. 2 I. h. t. L. 10 D. h. t., l. 2. 7 C. h. t. Fein XLIV S. 75—144. Die von v. Kräwell Arch. f. civ Pr. XLIII. 3 XLVI. 4 vertheidigte Meinung, daß dieser Satz in dem Fall nicht gelte, wo dem Codicill im Testamente die volle Kraft des Testamentes beigelegt worden sei, beruht auf einer zu weit gehenden Ausbeutung der Zulässigkeit einer mystischen Erbeseinsetzung (§. 546 Note 10). Gegen diese Meinung haben sich ausgesprochen Chop Arch. f. civ Pr. XLIV. 12 und Windmüller das. XLV. 15. Vgl. auch unten Note 16.

[2] Ueber die Form der Codicille vgl. im Besonderen noch Danz de externa codicillorum forma commentatio, Lipsiae 1835, und dens. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. 8 (1836), Bachofen ausgewählte Lehren S. 316—321.

[3] Ursprünglich erforderte das Codicill gar keine Form, und Spuren dieses Rechts finden sich noch in den Digesten. L. 6 §. 1. 2 D. h. t., l. 89 pr. D. de leg. II°, l. 39 §. 1 eod.; vgl. auch l. 22 C. de fideic. 6. 42. Fein XLIV S. 339 fg. Constantin schrieb für Intestatcodicille, Theodosius II. für alle Codicille die Zuziehung der gleichen Zahl von Zeugen vor, wie für Testamente, d. h. von 5 oder 7, l. 1 l. 7 §. 2 C. Th. de testam. et codic. 4. 4. Nachdem das Testament vor 5 Zeugen beseitigt worden war (Nov. Theod. II. tit. XVI), bestimmte Justinian (l. 8 §. 3 C. h. t.), daß bei Codicillen die Zahl von 5 Zeugen genügen solle.

[4] Wenn auch die Annahme zu gewagt erscheinen mag, daß schon im Sinn der beiden in der vorigen Note genannten Constitutionen des Theodosischen Codex die Codicille den Testamenten in Betreff der Form in Allem gleichgestellt worden seien (vgl. l. 7 C. h. t.), so tritt doch der Zug nach dieser Gleichstellung in der nachconstantinischen Gesetzgebung so bestimmt hervor (s. l. 7 §. 2 C. Th. cit., l. 28 pr. §. 1 C. de testam. 6. 23, l. 8 C. qui testam. 6. 22), daß er als Grundgedanke dieser Gesetzgebung bezeichnet werden darf, und man nicht zu weit geht, wenn man die für Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten (abgesehen von der Zahl der Zeugen) auf die Codicille auch in Betreff solcher Punkte überträgt, für welche sich eine specielle gesetzliche Sanction nicht beibringen läßt. Besonders lehrreich ist in dieser Beziehung l. 28 C. de testam. 6. 23, wo Justinian Einheit der Handlung und Unterschrift des Erblassers stillschweigend als erforderlich voraussetzt, und vollkommen

der Zeugen[5], Fähigkeit derselben nach den §. 542 angegebenen Regeln[6], Einheit der Handlung[7], und bei schriftlichen Codicillen Unterschrift des Erblassers in Gegenwart der Zeugen[8] und Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen in Gegenwart des Erblassers[9], während bei mündlichen Codicillen die einfache Erklärung

---

übereinstimmend ist auch die Auffassung der N. O. §. 2 (vgl. §. 11). Allerdings heißt es andererseits in §. 3 I. h. t., daß die Codicille „nullam solemnitatem ordinationis desiderant". Aber wenn man diese Stelle dahin verstehen wollte, daß die Codicille gar keiner Förmlichkeit bedürften, so würde sie mit dem Recht des Codex in so schreienden Widerspruch treten, daß man genöthigt ist, sie entweder für einen Nachklang des älteren Rechts zu erklären (s. Note 4, dagegen freilich §. 12 I. de fideic. her. 2. 23), oder sich diejenige Auslegung derselben, welche sich bei Teophilus (ad h. l.) findet, anzueignen, daß sie nämlich nur „τάξιν ἐπὶ τῇ τούτων γραφῇ", eine bestimmte Ordnung der im Codicill enthaltenen Verfügungen, wie bei Testamenten die Erbeseinsetzung vorausgehen mußte, für überflüssig habe erklären wollen. Vgl. Fein XLIV S. 403 fg. — Die hier vertretene Grundauffassung ist namentlich von Danz a. a. OO. und von Fein XLIV S. 365 fg. vertheidigt worden; übereinstimmend Witte RLex. II S. 680, Arndts das. VI S. 291, Sintenis §. 208 Anm. 3, Sintenis S. 883. A. M. unter den Neueren Bachofen a. a. O. und Mayer §. 17. 18.

[5] Nicht entgegen steht l. 8 §. 3 C. h. t.: — „quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint". Denn die gleiche Bestimmung findet sich in der ursprünglichen Fassung der Stelle in l. 7 §. 2 C. Th. de testam. 4. 4, in welcher Fassung die Stelle die Testamente mit umschließt. (Die Erklärung Mayer's, welcher in der Stelle des Theodosischen Codex die Worte „vel rogati" auf Testamente, die Worte „aut qui fortuito venerint" auf Codicille bezieht, ist nahezu unmöglich.) Jene Worte wollen nichts sagen, als daß die Zeugen nicht herbeigeholt zu sein brauchen, vgl. l. 21 §. 2 D. qui testam. 28 1. Fein XLIV S. 418 fg. Seuff. XIX. 244.

[6] Fein XLIV S. 434 fg. Vermächtnißnehmer sind daher gültige Codicillarzeugen. S. auch l. 22 C. de testam. 6. 23. Fein S. 455 fg. A. M. außer den das. Genannten auch Mayer §. 18 Note 7.

[7] L. 28 pr. C. de testam. 6. 23. Vgl. l. 8 §. 3 C. h. t.: „uno eodemque tempore" (vgl. §. 3 I. de testam. ord. 2. 10). Fein XLV S. 1 fg.

[8] L. 28 §. 1 C. de testam. 6. 23. Fein XLV S. 20 fg. Unterschrift des Erblassers ist, wie bei Testamenten, dann nicht erforderlich, wenn der Erblasser das Codicill selbst geschrieben, und, daß er dieß gethan, in demselben bemerkt hat. L. 28 §. 1 cit.

[9] Unterschrift: l. 8 §. 3 C. h. t. Seuff. Arch. XV. 137. Vgl. §. 541 Note 3. Die Nothwendigkeit der Untersiegelung ergibt sich aus dem Princip (Note 4). Dawider freilich die herrschende Meinung, auch Danz, Arndts, Sintenis; dafür Fein XLV S. 32 und eventuell Mayer §. 18 Note 10.

des Willens vor den Zeugen genügt[10]. Die Erleichterungen, welche der Testamentsform für gewisse Fälle gewährt sind (§. 544), erstrecken sich auch auf die Codicille[11], wie umgekehrt die Erschwerungen der Testamentsform, welche in anderen Fällen gelten (§. 543)[12]. Eine als Codicill privilegiirte Verfügung ist die Theilung, welche Ascendenten zwischen ihren Descendenten vornehmen; dieselbe erfordert nichts als einen schriftlichen, von den Ascendenten oder den Descendenten unterschriebenen Aufsatz[13]. Die Behauptung, daß testamentarisch bestätigte Codicille gar keiner Form bedürfen[14], ist nicht haltbar[15], obgleich es zulässig

---

[10] L. 8 §. 3 C. h. t. Vgl. Note 1.

[11] „Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere", l. 21 D. de R. I. 50. 17. Vgl. auch l. 17 C. de testam. mil. 6. 21 („circa ultimas voluntates"), c. 4 X. de testam. 3. 26. Von selbst versteht es sich daher auch, daß ein Codicill in der Form eines öffentlichen Testamentes (§. 545) errichtet werden kann. Fein XLV S. 55 fg.

[12] Für das Codicill eines Blinden ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß bei demselben Alles beobachtet werden müsse, wie beim Testamente, l. 8. C. qui testam. 6. 22, N. O. §. 11. Glück XXXIV S. 38 fg., Fein XLV S. 91 fg. Auch für das (schriftliche) Codicill eines Schreibensunfähigen die Zuziehung eines achten, Zeugen zu verlangen, wie Fein a. a. O. S. 92 fg. thut, statt eines sechsten, halte ich für bedenklich. Seuff. Arch. XVIII. 262.

[13] Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3. Vgl. l. 20 §. 3 l. 32. 33 l. 29 §. 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 30 §. 3 D. de adim. 34. 4, l. 15 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 10. 16. 21 C. fam. erc. 3. 36; l. 77 §. 8 D. de leg. II° (Vangerow II §. 523 Num. I. A. 3), Fein XLV S. 79 fg.; s. ferner Mühlenbruch XLII S. 231 fg., v. Buchholtz Prälegate S. 233 fg. Sintenis III. §. 170 a. E.

[14] Diese Behauptung war früher in Theorie und Praxis die herrschende, namentlich auf Grund der Ausführungen von J. H. Böhmer (Disp. de codicillis absque testibus validis, zuerst Halae 1707, auch Exerc. ad Pand. V. 78); jetzt ist sie fast ganz aufgegeben. Fein XLV S. 96 fg. Doch ist sie in einer beschränkten Form (es soll gültig sein das im Testament ausdrücklich als formloses bestätigte Codicill) noch neuerdings vertheidigt worden von v. Kräwell Arch. f. civ. Pr. XLIII S. 78 fg. XLVI S. 92 fg.; dagegen Chop das. XLIV S. 335 fg., Windmüller das. XLV S. 361 fg.

[15] Die Bestimmung der l. 8 §. 3 C. h. t. lautet ganz allgemein. Wenn die Quellen das testamentarische Codicill für einen Bestandtheil des Testamentes erklären (§. 630 Note 7. 8), so ist einerseits dieser Ausspruch nicht auf bestätigte Codicille beschränkt, und andererseits das römische Recht weit davon entfernt gewesen, ihn abstract auszubeuten (§. 630 Note 9—11); und daß er speciell auf die Form der Codicille nicht bezogen worden ist, geht schon daraus hervor, daß zur Zeit der classischen Juristen die Codicille einer

ist, im Testament oder Codicill in Betreff des Namens des Vermächtnißnehmers und des Beschwerten so wie in Betreff des Inhalts des Vermächtnisses auf eine anderweitig zu treffende oder getroffene formlose Bestimmung zu verweisen[16].

2. Das s. g. Oralfideicommiß*.

§. 629.

Ein unförmlich errichtetes Vermächtniß ist nicht unbedingt ungültig. Wenn die Vermächtnißauflage dem Beschwerten direct gemacht worden ist, und er sie nicht bestreitet, so muß er sie erfüllen, ohne sich auf den Mangel der Form berufen zu dürfen;

Form nicht bedurften. Arndts RLex. VI S. 291 Note 88, Fein XLV S. 95 fg., Mayer §. 22 lit. c., Vangerow II §. 526 Anm. 1 Num. III, Buchka u. Budde Entsch. des OAG. zu Rostock I S. 160—172. 207. Seuff. Arch. I. 102. 358, II. 314. (dazu Arch. f. prakt. RW. III S. 134 fg.), IX. 52. Fein a. a. O. will eine Ausnahme für die in einem nachfolgenden Testament bestätigten Codicille machen (vgl. auch Puchta §. 523 und Vorles. dazu); dagegen mit Recht Sintenis III §. 208 Anm. 7 und Vangerow a. a. O. S. aber auch die folgende Note.

[16] Was für die Erbeseinsetzung gilt (§. 546 Note 10), muß um so mehr für die Vermächtnisse gelten, und es ist dieß in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 25 D. de reb. dub. 34. 5, l. 38 D. de cond. 35. 1. Vgl. §. 633 Note 11. Hierdurch ist denn freilich der zur vorigen Note erwähnte Satz ziemlich illusorisch gemacht. Denn gültig ist ohne allen Zweifel die testamentarische Verfügung: ich vermache dem Titius Soviel, als ich später bezeichnen werde; gültig die Verfügung: ich vermache denjenigen Personen, welche ich später bezeichnen werde, Jedem 100; gültig also auch die Verfügung: ich vermache denjenigen Personen, welche ich später bezeichnen werde, die von mir zu bezeichnenden Gegenstände oder Beträge — nicht gültig also nur die Verfügung, welche gar nicht von Vermächtnissen, sondern nur von Anordnungen oder Codicillen im Allgemeinen redet. Man darf auch nicht sagen, das mystische Vermächtniß setze einen bereits gefaßten Vermächtnißentschluß voraus; denn s. l. 10 pr. D. de cond. inst. 28. 5: — „si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto", — „cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto". Einen hierher gehörigen, sehr lehrreichen und äußerst sorgfältig behandelten Fall (Juristenfacultät zu Halle und OAG. zu Rostock) s. bei Buchka und Budde Entscheidungen I S. 146—213 (Seuff. Arch. XI. 55). S. aber auch Seuff. Arch. XI. 57.

* G. Ph. v. Bülow Abhandlungen II. 10. Roßhirt I S. 66 fg. Arndts RLex. VI S. 292—293. Mayer §. 29. Massot Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 42 fg. (1867). Sintenis III §. 208 Anm. 14 Vangerow II §. 528 Anm. §. 629.

und er muß seine Bestreitung auf Verlangen des Gegners eidlich bekräftigen, vorausgesetzt daß dieser seinerseits den Gefährdeeid schwört[1]. Unter directer Vermächtnißauflage ist zu verstehen eine dem Beschwerten mündlich gemachte[2], oder ihm in anderer Weise, durch Schrift oder Boten, mitgetheilte Auflage[3].

---

[1] So schrieb Justinian in l. 32 C. de fideic. 6. 42 vor, vgl. auch §. 12 I. de fideic. hered. 2. 23. Irrig ist die Auffassung, daß Justinian die directe formlose Vermächtnißauflage für überhaupt gültig habe erklären wollen, und daß er den Eid nicht in dem Sinne genannt habe, um andere Beweismittel auszuschließen; so Süptitz Ueber den Beweis eines dem Fiduciar vom Testirer mündlich auferlegten Fideicommisses und dessen rechtliche Wirkung, Helmstädt 1804, welchem folgt v. Bülow a. a. O. S. 99 fg. In Justinian's Auffassung ist der Eid, welchen der in Anspruch Genommene leisten soll, gar nicht Beweismittel, sondern Bestärkung seiner Ableugnung. Der in Anspruch Genommene muß, wenn er „confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat", trotz dieser Ausflucht leisten (§. 12 I cit.); sein bloßes Leugnen aber hilft ihm nicht, sondern „dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem" (l. 32 C. cit.). Deßwegen ist auch Rückschiebung des Eides und Gewissensvertretung nicht zulässig. Was den Zeugenbeweis angeht, spricht gegen die erwähnte Meinung sogar der Wortlaut von Justinian's Verfügung. „Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est". Vgl. Mayer §. 29 Note 17. 18, Vangerow II §. 528 Anm. Nr. 2 Seuff. Arch. XIII. 47, XVIII. 96 a. E. — Genügt außergerichtliches Geständniß? Bejaht bei Seuff. Arch. V 38 Nr. 4.

[2] Daß dieß aber in Form einer Anrede an den Beschwerten geschehen sei, ist nicht erforderlich. Seuff. Arch. V. 38 Nr. 1, XVII. 267. Arch. f. prakt. RW. IV S. 48.

[3] Dieß ist bestritten. Andere schließen die Mittheilung durch Boten oder Schrift, oder doch die Mittheilung durch Boten aus, woher auch die in der Ueberschrift dieses §. genannte Bezeichnung, so wie die Bezeichnung fideicommissum heredi praesenti iniunctum stammt. So unter den Neueren Witte RLex. II S. 681, Mayer §. 29 Note 9 fg., Brinz S. 888. 889, und was den Boten angeht Massot a. a. O. S. 424 fg. Seuff. Arch. IV. 66, V. 38, IX. 52. Die für diese Meinung geltend gemachten Gründe sind aber nicht überzeugend. Wenn l. 28 cit. den Fall, von welchem sie redet, dahin bestimmt, daß das Vermächtniß „sine scriptura et praesentia testium" errichtet worden sei, so soll damit nur die Unförmlichkeit der Errichtung bezeichnet sein. Wenn es in der Institutionenstelle heißt, der in Anspruch Genommene soll schwören, „quod nihil tale a testatore audivit", so hat man kein Recht, diesen Ausdruck zu pressen. Wenn endlich geltend gemacht wird, im Falle der schriftlichen oder durch einen Boten vermittelten Mittheilung könne der in Anspruch Genommene in Betreff der Wahrheit der Mittheilung des Boten und der Aechtheit des Briefes nur de ignorantia oder de

3. Testamentarische und Intestatcodicille.

§. 630.

Die Codicille sind testamentarische oder Intestatcodicille, je nachdem sie mit Rücksicht auf das Eintreten der testamentarischen oder der Intestaterbfolge errichtet werden[1]. Die testamentarischen Codicille beziehen sich entweder auf ein errichtetes oder auf ein zu errichtendes[2] Testament. Sie können in dem Testamente, auf welches sie sich beziehen, entweder bestätigt sein oder nicht[3]; die Bedeutung dieses Unterschieds ist jedoch im Justinianischen Recht sehr abgeschwächt[4]. Die testamentarischen Codicille stehen und

---

credulitate schwören, so ist die Behauptung willkührlich, daß ein solcher Eid im Sinne der Constitution Justinian's unzulässig sei; der in Anspruch Genommene soll die Wahrheit seiner Aussage beschwören („dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem"); ob und wie weit seine Aussage dem Gegner frommt, ist dessen Sache. Wie hier: Roßhirt I S. 67 fg., Arndts RLex. VI S. 292, Sintenis III §. 208 Anm. 14 Nr. 1. Seuff. Arch. VIII. 72. — Man darf aber nicht so weit gehen, auch einen im Nachlaß vorgefundenen, an den Beschwerten gerichteten Brief für genügend zu erklären. Denn eine Mittheilung an den Beschwerten erfordert Justinian immerhin; in dieser Beziehung setzen die Worte „quod nihil tale a testatore audivit" eine Grenze, welche zu überspringen um so weniger gerechtfertigt ist, als die Formlosigkeit letztwilliger Verfügungen gewiß keine Begünstigung verdient. Vgl. übrigens Massot a. a. O. S. 44. 45. — Noch weniger gerechtfertigt ist es, eine schriftliche den Beschwerten gar nicht anredende Verfügung für genügend zu erklären (so v. Löhr Arch. f. civ. Pr. II S. 188). Seuff. Arch. II. 315 (Arch. f. prakt. RW. III S. 138 fg.), IX. 52, XIV. 150. vgl. XVII. 267. Das Erkenntniß XIV. 150 schließt sogar (aber gewiß mit Unrecht) den Fall aus, wo der Erblasser dem Beschwerten die Verfügung vorgelesen hat.

[1] Codicilli ad testamentum — ab intestato facti, codicilli ad testamentum pertinentes. §. 1 I. h. t., l. 16 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 8 §. 2 D. de transact. 2. 15, l. 5 §. 14 D. de his quae ut ind. 34. 9; l. 6. pr. D. si quis om. causa test. 29. 4, l. 81 D. de leg. II°. Ueber l. 8 pr. D. h. t. s. Fein XLIV S. 152 fg., Mayer §. 19 Note 7. §. 630.

[2] §. 1 I. h. t., l. 18 D. h. t.

[3] Codicilli testamento confirmati — non confirmati. S. z. B. l. 3 §. 2 l. 6 §. 4 D. h. t. Codicilli in futurum — in praeteritum confirmati, l. 8 pr. D. h. t. Fein XLIV S. 190—231.

[4] Seit der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse; vorher konnten Legate, wie alle directen Verfügungen, nur in einem bestätigten Codicille errichtet werden. Gai. II 270ª, Ulp. XXV. 8. Vgl. l. 43 D. de manum. test. 40. 4. Im Justinianischen Recht besteht zwischen bestätigten und nicht bestätigten Codicillen, was Vermächtnisse angeht, nur noch der §. 624 Note 3

fallen mit dem Testament, auf welches sie sich beziehen[5], während die Intestatcodicille nur voraussetzen, daß überhaupt Intestaterbfolge eintrete[6]. Die testamentarischen Codicille bilden überhaupt als Anhang zu dem Testamente mit demselben eine Einheit[7], und so liegt die Auffassung nahe, daß die in ihnen getroffenen Verfügungen rechtlich so anzusehen seien, als wenn sie im Testamente selbst getroffen worden wären. In der That hat das römische Recht dieser Auffassung in einzelnen Beziehungen Raum gegeben[8], so namentlich in der Beziehung, daß ein im Testament

---

bezeichnete Unterschied. Abgesehen von Vermächtnissen gilt für bestätigte Codicille noch das Besondere, daß allein in ihnen ein Vormund ernannt werden kann. L. 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 §. 1 D. de conf. tut. 26. 3. Fein S. 229 fg.; a. M. auch in dieser Beziehung Mayer §. 21 Note 22.

[5] L. 3 §. 2 D. h. t. „Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit". L. 16 D. h. t.: — „testamento autem facto ius sequuntur eius". L. 8 §. 3 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 81 D. de leg. II°, l. 5 §. 14 D. de his quae ut ind. 34. 9. Fein XLIV S. 146 fg., Mayer §. 21 Note 7—16. Es hindert jedoch den Erblasser nichts, das testamentarische Codicill eventuell auch auf ein anderes Testament, oder auch auf die Intestaterbfolge zu beziehen. L. 9 D. de leg III°.

[6] L. 16 D. h. t. „Ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli, nam unus casus est . . . Et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent". L. 2 D. de fideicom. lib. 40. 5. Es kann aber das Intestatcodicill auch auf einen bestimmten Fall oder bestimmte Fälle der Intestaterbfolge beschränkt werden. — Ueber die Intestatcodicille überhaupt s. noch Fein XLIV S. 305—339, Mayer §. 19 Note 8 fg.

[7] L. 14 D. h. t.: — „codicilli pro parte testamenti habentur". L. 11 D. test. quemadm. 29. 3.: — „codicilli pars intelleguntur testamenti".

[8] Als Regel wird sie ausgesprochen in l. 2. §. 2 D. h. t. „Codicillorum ius singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent". S. ferner l. 14 pr. D. h. t.: — „Sabini et Cassii collectio . . illa est, quod codicilli pro parte testamenti habentur, observationemque et legem iuris inde traditam servent". L. 7 §. 1 D. h. t. (Note 11). Fein gebraucht für diese Regel den Ausdruck: codicillarrechtliche Fiction. S. dens. XLIV S 233—305, Mayer §. 22, Vangerow §. 526 Anm. 1 Nr. II. Darüber, daß die Regel nicht bloß für bestätigte Codicille gilt, s. Fein a. a. O S. 285 fg.

hinterlassenes Vermächtniß gültig sein soll, wenn ein Erforderniß seiner Gültigkeit auch erst durch eine im Codicill getroffene Verfügung geschaffen wird[9]; s. ferner §. 624 Note 2. 3[10]. In anderen Beziehungen aber hat das römische Recht die Consequenzen jener Auffassung ausdrücklich abgelehnt[11].

---

[9] L. 8 §. 5 D. h. t. „Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, liberatas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum". S. andererseits auch l. 26 D. de adim. 34. 4 (Fein a. a. O. S. 246 fg.).

[10] Hierher gehört auch l. 2 §. 2 D. h. t., welche nach den in Note 8 abgedruckten Worten so fortfährt: „Ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicilli alienus, non recte libertas directa datur. Et contra, si cum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intellegetur alieno servo libertas data. Et ideo, licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est". Das non im ersten Satz ist gewiß unecht im Sinne des Verfassers der Stelle; aber echt im Sinne der Compilation, die also hier mit Bewußtsein geändert hat. Dafür sprechen die Basiliken (XXXVI. 1. 3 §. 2) und der Plural directae libertates im Schlußsatz. Die zweite Entscheidung kann im heutigen Recht selbst nicht analogisch angewendet werden; denn das Vermächtniß gibt (nach Justinianischem Recht) actio in rem, wenn die vermachte Sache auch nur zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Eigenthum steht.

[11] S. l. 7 §. 1 D. h. t., l. 2 pr. §. 1 D. h. t.; l. 14 pr. D. h. t.; l. 8 §. 4 D. h. t., l. 17 §. 4 D. de test mil. 29. 1; l. 4 D. h. t., l. 7 pr. D. qui et a quib. 40. 9; l. 1 C. de test. manum. 7. 2. Einen Versuch ein Princip aufzustellen, macht l. 7 §. 1 D. h. t. „Praeterea in illis, quae non iuris sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmatio scriptum fuisset". S. auch l. 1 C. de test. manum 7. 2. „Si codicillos maior viginti annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est; nec enim potestas iuris, sed iudicii consideratur". Aber wenn nach dieser Regel z. B. das Codicill eines Stummen aufrechterhalten wird, welcher zur Zeit des Testaments im Besitz der Sprache war (l. 8 §. 3 D. h. t.): warum gilt das Gleiche nicht auch für das Codicill des paganus, welcher zur Zeit des Testamentes Soldat war (l. 17 §. 4 D. de test mil. 29. 1, l. 8 §. 4 D. h. t.)? Uebrigens zeigt l. 14 pr. D. h. t., daß in Betreff der Tragweite der codicillarrechtlichen Fiction eine Controverse zwischen den Sabinianern und den Proculianern bestand. — Vgl. auch nach l. 12 pr. D. de prob. 22. 3 in Verbindung mit l. 34 §. 3 D. de leg. I°. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 212 fg. — Ueber den von Neueren gemachten Versuch, die codicillarrechtliche Fiction für die Frage nach der Form der bestätigten Codicille zu verwerthen, s. §. 628 Note 15.

4. Die Codicillarclausel *.

§. 631.

Eine besondere Art der Codicille bilden diejenigen, welche zunächst als Testamente gemeint, als Codicille in Wirksamkeit treten kraft der Bestimmung des Erblassers, daß seine Verfügung als Codicill gelten solle, wenn sie als Testament nicht bestehen könne. Eine solche Bestimmung heißt Codicillarclausel.

1. Die Codicillarclausel verwandelt die Erbeseinsetzungen des hinfälligen Testamentes in Erbschaftsvermächtnisse[1], zu Lasten der Intestat-[2] oder der Testamentserben[3]; die Vermächtnisse bleiben als solche aufrecht[4]. Uebrigens braucht sich die Codicillarclausel nicht auf die sämmtlichen im Testament enthaltenen Verfügungen zu beziehen[5].

2. Durch die Codicillarclausel werden die Verfügungen des Testaments nur insoweit aufrechterhalten, als sie zur Geltung gelangt sein würden, wenn sie von vornherein so getroffen worden wären, wie sie aufrechterhalten werden sollen. Daher werden sie namentlich nicht aufrechterhalten, wenn das Testament

---

§. 631. * Roßhirt I S. 45—66. Fein XLV S. 184—364. Vangerow II §. 527, Sintenis II §. 208 Nr. I. 4.

[1] L. 88 §. 17 D. de leg. II°. Vgl. l. 2 §. 4 D. h. t., l. 1 C. h. t., auch l. 12 §. 1 D. de iniusto 28. 3, l. 19 §. 1 D. de test. mil. 29. 1.

[2] An diesen Fall denkt man gewöhnlich, oder doch häufig, allein. Vgl. Fein XLV S. 263.

[3] Und zwar kann das Testament, aus welchem geerbt wird, dem mit der Codicillarclausel versehenen ungültigen nicht bloß vorhergehen, sondern auch ihm nachfolgen. Vgl. Fein XLV S. 264 fg., Mayer §. 23 nach Note 13. Fein S. 265 fg. zieht auch die Fälle hierher, wo ein gültiges Testament ein später zu errichtendes oder früher errichtetes ungültiges bez. ungültig werdendes bestätigt, von welchem letzteren Fall l. 12 §. 1 D. de iniusto 28. 3 und l. 19 pr. §. 1 D. de test. mil. 29 1 handeln. Jedoch ist für diese Fälle die zutreffendere Auffassung die, daß der Inhalt des ungültigen Testaments als in das gültige aufgenommen gilt, woraus sich als praktische Consequenz ergibt, daß der Inhalt des ungültigen Testaments auch dann aufrechterhalten wird, wenn es nicht einmal der Codicillarform genügt (vgl. Note 6).

[4] Zu Lasten der Erbschaftsvermächtnißnehmer, oder, wenn die Erbeseinsetzung auch als Erbschaftsvermächtniß nicht aufrecht bleibt (z. B. der Eingesetzte ist vor dem Erblasser gestorben), der Erben.

[5] Vgl. l. 13 D. de inoff. 5. 2. Fein XLV S. 276, Mayer §. 23 Note 9. 10.

auch nicht der Codicillarform genügt, oder wenn dem Erblasser die Testamentsfähigkeit fehlt[6]. Insoweit sie aber dem bezeichneten Erforderniß entsprechen, werden sie wirklich aufrechterhalten, und daher namentlich auch dann, wenn das Testament durch die Ausschlagung des Eingesetzten hinfällig wird[7]. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, wo das Testament ungültig ist wegen Verletzung des Pflichttheils[8]; in diesem Falle werden die in dem Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen trotz der Codicillarclausel ganz rescindirt, nicht bloß soweit sie den Pflichttheil verletzen[9]. Jedoch kann auch in diesem Falle der Eingesetzte sich den Vortheil der Codicillarclausel dadurch sichern, daß er aus

---

6 Vgl. im Allgemeinen Fein S. 296 fg., Mayer §. 24—26.

7 Er kann die Erbschaft als Vermächtnißnehmer in Anspruch nehmen, obgleich er sie als Erbe zurückgewiesen hat. Mayer §. 28 Note 1. Wenn der Eingesetzte vor der Antretung stirbt, so können aus seiner Person seine Erben das Erbschaftsvermächtniß in Anspruch nehmen. Fein S. 308 fg., Mayer §. 24 a. E.

8 Vgl. zum Folgenden: Francke Recht der Notherben §. 33. Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XXXV S. 364—373. XXXVII S. 368—373. Degener Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 13. Strippelmann Entscheidungen 2c. II. S. 334 fg. Fein XLV S. 322—348. Mayer §. 25—27. Vangerow II §. 527 Anm. 2 Nr. 1, Sintenis III §. 208 Anm. 10. Seuff. Arch. III. 355, V. 205, VIII. 70.

9 Darüber, in welchem Maße die dem Notherben auferlegten Vermächtnisse rescindirt werden, s. §. 634 Note 11. Der aufgestellte Satz ergibt sich aus l. 13 D. de inoff. 5. 2, l. 36 D. de leg. III°. Er wird in diesen Stellen auf den „color insaniae“ (§. 578 Note 2) gestützt; doch ist dieß eine rein äußerliche Erklärung, da die Fiction der insania ja nicht unbedingt durchgeführt wird (§. 584 Note 7). Das Innerliche ist der Gedanke, daß die Strenge der Behandlung einer als Testament gemeinten Pflichttheilsverletzung durch ihre Conversion in ein Vermächtniß nicht soll gemildert werden können. Um so weniger darf man mit Mayer §. 25 Note 11. 12 daran zweifeln, ob der Satz auch nach neuestem Recht noch gilt. — Er gilt aber auch nur für die querela inofficiosi testamenti, von welcher die genannten Stellen allein handeln, und wer daher nach neuestem Recht Nichtigkeit des das Notherbenrecht verletzenden Testaments annimmt (§. 591. 592), darf ihn für dieses neueste Recht allerdings nicht behaupten. So auch die herrschende Meinung, vgl. auch l. 24 §. 11 D. de fideic. 40. 5. A. M. Mühlenbruch und Fein a. a. OO. aus verschiedenen Gründen, Letzterer mit Berufung auf l. 2 D. de leg. III° und l. 31 C. de fideicom. 6. 42; dagegen Degener, Mayer, Vangerow a. a. OO.

dem Testamente gar nicht antritt[10]. Es ist übrigens dem Erblasser unbenommen, die heilende Kraft der Codicillarclausel auf bestimmte Ungültigkeitsgründe zu beschränken, oder ihr bestimmte Ungültigkeitsgründe zu entziehen[11].

3. Der im Testament Bedachte muß sich entscheiden, ob er sich auf das Testament oder auf die Codicillarclausel berufen will; von der einmal getroffenen Wahl kann er nicht mehr zurücktreten[12]. Jedoch bindet ihn erst die in der Klage bez. Klagebeantwortung erhaltene Erklärung[13]. Ausnahmsweise werden

---

[10] S. §. 584 Note 12. Vangerow a. a. O. unter lit. a, Fein XLV S. 812.

[11] Es kann dieß auch stillschweigend geschehen. So ist z. B. im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erblasser sein Testament auch für den Fall des Widerrufs habe aufrecht erhalten wollen. Fein XLV S. 304—308, Mayer §. 24 Note 10—17. Ferner machen die Meisten derjenigen, welche die Codicillarclausel auch im Fall der Verletzung des Notherbenrechts wirken lassen, mit gutem Grunde eine Ausnahme für den Fall, wo der Erblasser den Notherben gar nicht gekannt hat. Vgl. Francke Recht der Notherben S. 418 fg., Fein XLV S. 355 fg., Mayer §. 26. 27, Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E.

[12] L. 8 pr. §. 1. 2 C. h. t. J. A. Seuffert Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel (1828). Fein XLV S. 279—297. Mayer §. 23 von Note 14 an. Arch. f. prakt. RW. V S. 92—101.

[13] Dieß ist bestritten; Andere, so namentlich Fein, halten auch eine anderweitige Erklärung für bindend. Vgl. Fein a. a. O. S. 753 Note 90. Aber in dem Gesetz ist nur von der Klage die Rede. Man beruft sich zwar auf die Worte: „ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel nuncupationem ceterasque similes postulaverit aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet“. Aber gerade in diesen Worten ist ja auf etwas von der Erbittung der bonorum possessio Verschiedenes und ihr Nachfolgendes als das Entscheidende hingewiesen; vgl. die Worte vorher: „ab ipsis intentionis exordiis utrum velit eligendi habeat potestatem“. Allerdings wird ferner in der ursprünglichen Fassung der Stelle (l. 7 C. Th. de testam 4. 4) zum Vergleich auf Fälle hingewiesen, in denen schon eine außergerichtliche Erklärung bindet; allein eine Analogie ist zwischen Wahl und Wahl auch bei verschiedenen Qualitäten derselben. — Zu weit aber geht man, wenn man nur die Wahl des Klägers, nicht auch die des Beklagten für bindend erklärt, wie das Mühlenbruch Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 280 Nr. 2 und das Erk. des OAG. zu Celle bei Seuff. Arch. VIII. 71 thun; das ist Buchstabeninterpretation. Dagegen namentlich Seuffert a. a. O. — Noch unrichtiger ist es, das Wahlrecht erst mit dem Verluste des ersten Processes zu Grunde gehen zu lassen, worauf das OAG. zu Kiel bei Seuff. Arch. V. 204 die Entscheidung

durch die getroffene Wahl nicht gebunden Ascendenten und Descendenten bis zum vierten Grad agnatischer und dritten Grad cognatischer Verwandtschaft[14].

4. Die Codicillarclansel bedarf keiner Form des Ausdrucks, und namentlich ist der Gebrauch des Wortes Codicill nicht erforderlich[15]. Aber die Codicillarclausel versteht sich nicht von selbst; ein irgendwelcher Ausdruck des Willens, daß der Inhalt des Testaments auf dem Vermächtnißwege aufrechterhalten werden solle, ist unerläßlich[16]. Von diesem Satze gibt es jedoch Ausnahmen, von denen zwei bereits §. 561 Note 3 und §. 565 Note 6 bezeichnet worden sind; die dritte ist, daß ein Testament, durch welches ein Ascendent die Erbfolge seiner Descendenten ordnet, auch ohne Codicillarclausel als Codicill aufrechterhalten wird[17].

5. Vermächtniß durch Vertrag.

§. 632.

Nach heutigem Recht kann ein Vermächtniß auch durch Ver-

---

gründet, daß eventuelle Cumulation beider Ansprüche in derselben Streitschrift zulässig sei.

[14] L. 8 §. 2 C. h. t. Vgl. I §. 56[a] Note 9 und Fein XLV S. 295 fg. (gegen Sintenis §. 208 Anm. 13). Die Stelle spricht unmittelbar nur von dem Fall, wo zuerst das Testament geltend gemacht worden ist; es ist unbedenklich, sie ihrem Sinn nach auch auf den entgegengesetzten Fall zu beziehen. Fein S. 291, Mayer §. 23 Anm. 17.

[15] L. 3 D. de testam. mil. 29. 1, l. 1 D. h. t., l. 8 §. 1. C. h. t., l. 11 C. de manum. test. 7. 2; l. 29 §. 1 D. qui testam. 28. 1, l. 77 §. 23 l. 88 §. 17 D. de leg. II°. L. 29 §. 1 cit. „Ex his verbis, quae scripturae paterfamilias addidit: *ταύτην τὴν διαθήκην βόυλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας*, videri eum voluisse omnimodo valere ea quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset". Die in l. 88 §. 17 cit. erwähnte Verfügung lautet: „L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iuris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas". L. 77 §. 23 cit. erhält die Vermächtnisse aufrecht, welcher der Erblasser „cum iuris iurandi religione praestari rogaverat". S. Seuff. Arch. XVIII. 266.

[16] L. 1 D. h. t., l. 8 §. 1 C. h. t., l. 43 §. 1 C. de vulg. 28. 6, l. 29 pr. D. qui testam. 28 §. 1, l. 11 §. 1 D. de leg. III°, l. 11 C. de manum. test. 7. 2. Dieß ist im Princip jetzt allgemein anerkannt, während früher die gegentheilige Meinung sehr verbreitet war. Fein XLV S. 191 fg., Mayer §. 23 Note 4. 5.

[17] L. 26 C. fam. erc. 3. 36, vgl. l. 1 C. Th. eod. 2. 24. Fein XLV S. 227 fg. — Ueber l. 38 D. de fideic. lib. 40. 5 f. Fein XLV S. 254 fg.

trag errichtet werden[1], und nicht bloß in einem Vertrage, in welchem zugleich ein Erbe ernannt wird (Erbvertrag), sondern auch in einem Vertrag, durch welchen nur Vermächtnisse vergeben werden (Vermächtnißvertrag). Für den Vermächtnißvertrag verlangt die herrschende Meinung so wenig wie für den Erbvertrag irgend welche Form[2].

C. Die Vermächtnißverfügung selbst.

1. Erfordernisse ihrer Gültigkeit*.

§. 633.

Für die Gültigkeit der Vermächtnißverfügung gelten im Allgemeinen die gleichen Grundsätze, wie für die Gültigkeit der Erbeseinsetzung (§. 546—548).

1. Die Vermächtnißverfügung muß ächt sein, d. h. sie muß wirklich vom Erblasser herrühren. Die Vorschrift des Libonianischen Senatsschlusses gilt auch für Vermächtnisse[1].

2. Die Vermächtnißverfügung muß verständlich sein[2]. Mehrdeutigkeit schadet, wenn sie die Person des Bedachten[3] oder des Beschwerten[4] im Ungewissen läßt; sie schadet nicht, wenn sie sich auf

---

§. 632. [1] Nach römischem Recht ist die vertragsmäßige Zusicherung eines Vermächtnisses ebenso unverbindlich, wie die vertragsmäßige Zusicherung der Erbschaft. Vgl. §. 529 Note 2.

[2] Vgl. über den Vermächtnißvertrag, welcher, wie der Erbvertrag, in diesem Lehrbuch nur genannt, nicht im Detail erörtert werden kann, Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen S. 73—84, wo auch die fernere Literatur angegeben ist.

§. 633. * Die Erfordernisse der Gültigkeit des Vermächtnisses, welche sich nicht auf die Vermächtnißverfügung als solche, sondern auf die bei dem Vermächtniß in Betracht kommenden Personen und auf die Form seiner Errichtung beziehen, sind im Vorhergehenden (§. 624 fg.) bereits erörtert worden.

[1] S. §. 546 Num. 2.

[2] L. 73 §. 3 D. de R. I. 50. 17. „Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent“. L. 2 D. de his quae pro non scr. 34. 8. Eine Unvollkommenheit der Verfügung, welche sie nicht unverständlich macht, schadet nicht. L. 106 D. de leg. I°, l. 67 §. 9 l. 77 §. 20 D. de leg. II°, l. 10 C. de fideic. lib. 6. 42.

[3] L. 3 §. 7 D. de adim. 34. 4, l. 10 pr. l. 27 D. de reb. dub. 34. 5, l. 33 §. 1 D. de cond. 35. 1. Es ist aber dem Beschwerten unbenommen, das Vermächtniß gegen gehörige Sicherheit dennoch zu erfüllen, und den Prätendenten zu überlassen, ihren Streit unter sich auszugleichen. Hiervon handelt l. 8 §. 3 D. de leg. II°, vgl. Arndts (Forts. v. Glück) S. 449 fg.

[4] A. M. Mayer §. 30 Note 14, welcher glaubt, daß das Vermächtniß

den Gegenstand des Vermächtnisses[5] bezieht. Erläuterungen und nähere Bestimmungen des Erblassers müssen berücksichtigt werden, wenn sie auch nicht mit der Vermächtnißform versehen sind[6]. Die Auslegung des Richters hat, wie bei allen letztwilligen Verfügungen, freiere Hand[7].

3. Eine bestimmte Art und Weise des Ausdrucks ist für die Vermächtnißverfügung nicht vorgeschrieben[8]; selbst Zeichen genügen[9]. Nicht einmal ausdrückliche Erklärung des Vermächtnißwillens ist erforderlich; es reicht hin, daß derselbe aus den übrigen Anordnungen des Erblassers und aus den Umständen, unter welchen sie getroffen sind, mit Sicherheit erkannt werden könne[10]. Es ist auch zulässig, im Betreff des Inhalts des Ver-

---

von den mehreren in Betracht kommenden Personen zu gleichen Theilen zu tragen sei. Aber es leuchtet nicht ein, warum das Princip, welches der Entscheidung des vorigen Falls zu Grunde liegt (l. 3 §. 7 D. de adim. cit.: „si non appareat, cui datum sit, dicemus, neutri legatum“), nicht auch hier zur Anwendung kommen soll.

[5] Das Vermächtniß hat jedenfalls einen der möglichen Inhalte, und der Beschwerte muß jedenfalls das Mindere leisten. L. 32 §. 1 l. 37 §. 1 l. 39 §. 6 D. de leg. I°.

[6] L. 21 §. 1 D. qui testam. 28. 1. Vgl. über diese Stelle Mayer §. 20 Note 16.

[7] S. I §. 84 Note 7. 11. Vgl. l. 50 §. 3 D. de leg. I°, l. 75. 95. D. de leg. III°.

[8] Seit l. 21 C. de leg. 6. 37. Früher setzten die Legate verba imperativa oder directa voraus, während das Eigenthümliche der Fideicommisse in der indirecten Form der Anordnung bestand. Ulp. XXIV. 1, Gai. II. 249, §. 3 I. de sing. reb. 2. 24. — Vgl. im Einzelnen: l. 118 D. de leg. I° („scio hereditatem meam restituturum te Titio“, vgl. l. 39 pr. D. de leg III°), l. 67 §. 10 D. de leg. II° („non dubitare se, quodcunque uxor eius cepisset, liberis suis redditurum“), l. 108 §. 14 D. de leg. I° (Auflage der Freilassung „acceptis centum“), l. 2 C. de his quae sub modo 6. 45 (Auflage mit ut, vgl. l. 8 §. 5 D. de transact. 2. 15, l. 3 §. 5. 6 D. de leg. praest. 37. 5, l. 92 D. de cond. 35. 1, l. 75 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 7. 48 l. 51 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5, Windscheid Voraussetzung S. 171 fg., Erxleben condictiones sine causa II S. 296 fg.); andererseits l. 11 §. 2 D. de leg. III°, l. 12 C. de fideic lib. 7. 4. Seuff. Arch. II. 206, V. 207.

[9] L. 21 pr. D. de leg. III°. „Nutu etiam relinquitur fideicommissum . .“. L. 22 C. de fideic. 6. 42: — „sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est“.

[10] S. §. 552 Note 5. 6, §. 553 Note 8, und die das. citirten Stellen; außerdem noch l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 44 §. 9 D. de leg. I°, l. 15

mächtnißwillens auf eine anderweitig vom Erblaſſer abgegebene oder abzugebende Erklärung zu verweiſen, welche Erklärung dann für ſich keiner Form bedarf (ſ. g. myſtiſches Vermächtniß)[11].

4. Die Vermächtnißverfügung muß den wirklichen Willen des Erblaſſers enthalten; ſagt ſie etwas Anderes, als gewollt iſt, ſo gilt weder das Geſagte noch das Gewollte[12]. Bloße Ungenauigkeit der Bezeichnung ſchadet nicht[13].

5. Die Vermächtnißverfügung muß den vollſtändigen Willen des Erblaſſers enthalten; eine unfertige Verfügung gilt auch nicht ſoweit ſie reicht[14].

---

§. 1 D. de usu et usufr. 33. 2; l. 11 §. 4 l. 37 §. 4 D. de leg. III°; l. 114 §. 14 D. de leg. I°, l. 69 §. 3. 4 D. de leg. II°, vgl. überhaupt §. 625 Note 13; l. 77 D. de leg. I°, l. 37 §. 3 D. de leg. III°. S. auch §. 554 Note 19, §. 555 Note 4. Mayer §. 30 Note 7. Seuff. Arch. VII. 74. 209.

[11] S. §. 628 Note 16 und Mayer §. 30 hinter Note 19.

[12] L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia non loquitur". L. 9 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. „Et si in re quis erraverit, utputa, dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur, sive ipse scripsit sive scribendum dictaverit". L. 4 pr. D. de leg. I°.

[13] Ungenauigkeit der Bezeichnung im Gegenſatz zur Nichtbezeichnung: §. 29 I. de leg. 2. 20. „Si . . in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; . . nomina enim significandorum hominum reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest". L. 4 pr. D. de leg. I°, l. 7 §. 1. C. de leg. 6. 37, l. 4 C. de test. 6. 23. Im Allgemeinen: falsa demonstratio non nocet, §. 30 I. de leg. 2. 20, l. 75 §. 1 D. de leg. I°, l. 17 pr. §. 1 l. 33 pr. l. 34 l. 40 §. 4 D. de cond. 35. 1. S. andererſeits l. 4. pr. D. de leg. I°, l. 7 §. 2 l. 10 D. de suppell. leg. 33. 10. L. 4 pr. cit.: — „si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit dum putat, suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia". Natürlich iſt hier die Grenze eine flüſſige, und der Richter darf der Beſonderheit des Sprachgebrauchs des Verfügenden freigebige Concesſionen machen. S. I §. 84 Note 7; im Einzelnen: l. 69 §. 1 D. de leg. III°, l. 9 pr. D. de tritico 33. 6, l. 18 §. 3 D. de instr. 33. 7. Vgl. Savigny III §. 139. k, Unger II §. 89 Note 27, S. auch noch l. 14 C. de her. inst. 6. 24.

[14] Daß die Quellen dieſen Satz nicht auch für Vermächtniſſe ausſprechen, wie ſie es für Erbeseinſetzungen thun (§. 546 Note 13), iſt bloßer Zufall.

6. Der Vermächtnißwille muß die gehörige Bestimmtheit haben. Nach diesem Gesichtspunkt ist ungültig nicht bloß dasjenige Vermächtniß, welches der Freiheit des Beschwerten einen so großen Spielraum läßt, daß derselbe gar nicht gebunden ist[15], sondern auch[16] das auf den nackten Willen eines Dritten gestellte Vermächtniß, mag dieser Wille darüber entscheiden sollen, ob überhaupt[17], oder darüber, Wem oder Was ver-

---

[15] Im Einzelnen: a) ungültig ist das Vermächtniß unter der Bedingung des Wollens des Beschwerten, während das Vermächtniß unter der Bedingung einer Handlung des Beschwerten oder unter der Bedingung seines vernünftigen Ermessens vollkommen gültig ist. Von diesem Satz ist bereits I §. 93 gehandelt worden; s. jetzt auch Arndts S. 345—355. b) Ebenso ist ungültig das Vermächtniß, welches die Bestimmung des Gegenstandes des Vermächtnisses schlechthin dem Willen des Beschwerten überläßt (l 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3: „fundus", l. 71 pr. D. de leg. I°: „domus simpliciter legata"); anders auch hier, wenn die Entscheidung auf das vernünftige Ermessen des Beschwerten gestellt ist, und anders ferner dann, wenn er aus einem Kreise von Sachen eine Auswahl treffen soll, so z. B. l. 84 §. 9 l. 109 §. 1 l. 110 D. de leg. I°. Vgl. §. 655 Note 8. c) Nicht minder ist ungültig das Vermächtniß an eine von dem Beschwerten zu bestimmende Person, gültig dagegen das Vermächtniß an eine Person, welche er aus einem bestimmten Kreis von Personen auswählen soll, in welchem Fall, wenn er die Auswahl nicht trifft, die sämmtlichen diesem Kreis angehörenden Personen forderungsberechtigt sind, s. §. 625 Note 12 und l. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. Daß auch gültig sei das Vermächtniß an eine durch das vernünftige Ermessen des Beschwerten zu bestimmende Person, erkennen die Quellen nicht an, offenbar in der Annahme, daß es nicht denkbar sei, daß das vernünftige Ermessen im gegebenen Fall gerade auf eine bestimmte Person mit zwingender Nothwendigkeit hinweisen werde. d) Nicht ungültig ist das Vermächtniß, welches die Zeit der Entrichtung in das Belieben des Beschwerten stellt, l. 11 §. 6 l. 44 §. 13 D. de leg. II°, vgl. I §. 93 Note 4.

[16] Nach älterem römischen Recht gehörte ferner hierher das Vermächtniß an eine durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmende Person, so wie an einen postumus alienus. Das eine und das andere Vermächtniß ist aber durch Justinian für gültig erklärt worden. Gai. II. 238. 287, Ulp. XXIV. 18, §. 25. 26 I. de leg. 2. 20. Vgl. §. 547 Note 2 und Arndts S. 391 fg.

[17] L. 52 D. de cond. 35. 1. „Nunnumquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intellegi potuissent nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: *Titio decem do, si Maevius capitolium ascenderit.* Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: „*si Maevius voluerit, decem do*; nam in alienam voluntatem legatum conferri non

macht sein soll[18]. Dagegen ist es nicht unzulässig, die Entscheidung der einen und der anderen Frage dem vernünftigen Ermessen eines Dritten[19], nicht unzulässig auch, die Wahl unter

---

potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent". Einen Widerspruch gegen diese Stelle enthält nicht l. 1 pr. D. de leg. III°, welche vollkommen die Auslegung verträgt, daß das Vermächtniß gültig von der Handlung eines Dritten abhängig gemacht werden könne; nicht auch l. 46 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5, welche nicht von Vermächtnissen, sondern von Freilassungen handelt, und ausdrücklich mit der Freilassung: si Seius voluerit daß Vermächtniß: si Titius capitolium ascenderit parallelisirt; und nicht wahrscheinlich ist, daß einen Widerspruch gegen sie l. 43 §. 2 D. de leg. I° enthalte, wenn man nämlich bedenkt, daß zur Zeit des Verfassers dieser Stelle, Ulpian's, der Satz: certum debet esse consilium testantis im Uebrigen in voller Geltung stand, und daß Ulpian selbst ihn vorgetragen und aus demselben die Consequenz gezogen hat, daß das Vermächtniß an eine durch ein künftiges Ereigniß zu bestimmende Person ungültig sei (Ulp. XXII. 4). Wenn daher andererseits auch anerkannt werden muß, daß es bisher nicht gelungen ist, eine vollkommen befriedigende Erklärung der l. 43 §. 2 cit., durch welche der Widerspruch beseitigt wird, zu finden, so kann doch keinenfalls in dieser Stelle der Ausdruck des eigentlichen Gedankens des römischen Rechts gefunden werden; s. auch l. 68 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. I §. 93 Note 5 und außer den das. Citirten Glück XXXIII S. 446 fg. und Arndts S. 355 fg., welcher letztere Schriftsteller in Widerspruch mit der herrschenden Meinung das umgekehrte Ergebniß aus den Quellen zu schöpfen geneigt ist. Gegen Arndts: F. Serafini Archivio giuridico (Bologna 1869) III p. 166 sqq.

[18] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, aber darf nicht bezweifelt werden. Was den Gegenstand des Vermächtnisses angeht, so hat der Wille, welcher über diesen zu entscheiden hat, in der That auch über die Existenz des Vermächtnisses zu entscheiden, da er einen Gegenstand wählen kann, der sich von einem Garnichts nur dem Namen nach unterscheidet. Was die Person des Bedachten angeht, vgl. die §. 547 Note 2 abgedruckte l. 32 pr. D. de her. inst. 28. 5. — In Betreff der Person des Beschwerten entscheidet der zu Note 20 bezeichnete Gesichtspunkt.

[19] Was die Frage des Ob angeht, s. l. 75 pr. D. de leg. I°, l. 11 §. 7 D. de leg. III° Diese Stellen handeln zwar nur von der Bedingung des Ermessens des Beschwerten; aber mit einer solchen Bedingung gibt der Erblasser die eigene Entscheidung nicht minder aus der Hand, als mit der Bedingung des Ermessens eines Dritten. In Betreff des Gegenstandes s. l. 1 §. 1 D. de leg. III°. Für die Person des Vermächtnißnehmers läßt sich ein Quellenzeugniß nicht beibringen; aber es leuchtet nicht ein, warum dem Erblasser in Betreff der Bestimmung des Empfängers nicht erlaubt sein sollte, was ihm in Betreff der Bestimmung des zu Empfangenden nicht verboten ist; um so weniger leuchtet dieß ein, als er ja die Bestimmung der Person des Empfängers selbst dem Zufall überlassen kann (Note 16).

mehreren Möglichkeiten einem Dritten schlechthin zu überlassen[20]. — Unter den oben bezeichneten Gesichtspunkt gehört ferner der Satz, daß ein Vermächtniß nicht gültig hinterlassen werden kann, wenn der Erblasser über seine Fähigkeit, ein Vermächtniß zu hinterlassen im Ungewissen ist[21].

7. Der Vermächtnißwille darf nicht durch Zwang oder Irrthum bestimmt worden sein; in dem einen und dem andern Fall ist das Vermächtniß zwar nicht nichtig, aber anfechtbar. Ein Irrthum im Motiv, welcher nicht Bestimmungsgrund für den Willen ist, d. h. welcher nicht von der Art ist, daß ohne ihn nicht gewollt worden sein würde, ist unschädlich[22].

---

[20] S. Note 15 bei b und c in Verbindung mit dem in der vorigen Note zu Anfang Gesagten. — Die §. 547 Note 3 bezeichnete Meinung, daß das canonische Recht den Erblasser von allen Schranken entbunden, und ihm die Befugniß gegeben habe, die Bestimmung über das Schicksal seines Vermögens, namentlich also auch über die von den Erben zu leistenden Vermächtnisse, schlechthin in die Hand eines Dritten zu geben, wird neuerdings wieder von Arndts S. 362 fg. (s. auch Mayer §. 31 Note 13) vertheidigt. Aber wenn man bedenkt, daß es zwar ein sehr gesunder Gedanke ist, daß der Erblasser bei der Verfügung über sein Vermögen die Einsicht Dritter und ihre bessere Kenntniß der zur Zeit seines Todes vorhandenen Verhältnisse soll verwerthen dürfen (Note 19), aber gewiß ein recht ungesunder, daß er von seiner Macht zu Gunsten Dritter einfach soll abdanken können: so wird man volle Veranlassung haben, für jene angebliche Neuerung des canonischen Rechts den strictesten Beweis zu verlangen. Nun ist es aber umgekehrt im äußersten Grade unwahrscheinlich, daß, wenn Innocenz III. das römische Recht abändern wollte, er dieß nicht irgendwie angedeutet haben sollte, und wenn er nur ein vorhandenes Gewohnheitsrecht anerkennen wollte (Arndts S. 366. 367), so ist ja dieses Gewohnheitsrecht, zugegeben auch daß es damals nicht bloß für Geistliche bestanden habe, längst verschwunden. Gegen Arndts auch Serafini (Note 17) p. 172 sqq.

[21] L. 1 pr. D. de leg. III°.

[22] In Betreff des erzwungenen Vermächtnisses gibt es Quellenzeugnisse nicht; es entscheidet die Analogie der Erbeseinsetzung, s. §. 548 Num. 1. Was den Irrthum angeht s. l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si (wenn nämlich) probetur alias legaturus non fuisse“. S. ferner l. 5 C. de testam. 6. 23; l. 27 D. de usu et usufr. 33. 2; l. 10 C. de leg. 6. 37, §. 4 I. eod. 2. 20, l. 67 §. 8 D. de leg. II°; l. 11 §. 16 de leg. III°; [l. 19 D. de iure cod. 29. 6, l. 77 §. 29 D. de leg. II°; vgl. l. 40 pr. D. de leg. III°, Arndts XLVII S. 222 fg.] Ueber die Regel: falsa causa non nocet, s. noch §. 31 I. de

8. Wegen Verwerflichkeit des Bestimmungsgrundes ist ungültig das captatorische Vermächtniß[23] und das Vermächtniß zum Schimpf [24].

9. Ueber die Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen seines Inhalts s. den folgenden §.

10. Die Ungültigkeit der Zuwendung, auf welche das Vermächtniß gelegt ist[25], hat Ungültigkeit des Vermächtnisses nicht zur Folge, wenn an die Stelle des Bedachten ein Substituirter tritt[26], nur ausnahmsweise, wenn an seine Stelle ein Anderer kraft Anwachsungsrechts tritt[27], nur ausnahmsweise nicht, wenn ein beschwertes Vermächtniß demjenigen bleibt, zu dessen Lasten es hinterlassen ist[28].

---

leg. 2. 20, l. 17 §. 2 D. de cond. 35. 1; über die Regel: falsa demonstratio non nocet s. Note 13. Vgl. §. 548 Num. 2. — Daß das Vermächtniß auch bei Unentschuldbarkeit des Irrthums ungültig sei, wird mit guten Gründen ausgeführt in dem Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. VIII. 73.

[23] L. 64 D. de leg. I°. „Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent". Vgl. §. 548 Note 18. — Nach vorjustinianischem Recht war auch ungültig das Vermächtniß poenae nomine, §. 36 I. de leg. 2. 20, l. un. C. de his quae poenae nomine 6. 44. Vgl. dieses Lehrbuch a. a. O.

[24] L. 54 pr. D. de leg. I°. „Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur". Vgl. l. 9 §. 8 l. 48 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. Arndts S. 447.

[25] Vgl. über diesen Fall Francke Beiträge S. 122 fg. — Man bemerke, daß hier nur von der anfänglichen Ungültigkeit der beschwerten Verfügung, weil nur von den Erfordernissen des anfänglichen Bestandes der Vermächtnißverfügung, die Rede ist; im Uebrigen s. §. 639 Num. 5. Ferner ist hier nicht die Rede von dem Fall, wo die beschwerte Verfügung die einzige im Testament enthaltene Erbeseinsetzung ist; denn in diesem Fall ist die Vermächtnißverfügung nicht als solche ungültig, sondern wegen der Ungültigkeit des Testaments, in welchem sie enthalten ist. S. §. 641.

[26] Wenn nicht ersichtlich ist, daß der Erblasser nur denjenigen hat beschweren wollen, welchen er genannt hat. L. 74 D. de leg. I°, l. 61 §. 1 D. de leg. II°, l. 4 C. ad SC. Treb. 6. 49. [Vgl. §. 644 Note 15 und Arndts XLVII S. 263 fg.]

[27] S. §. 603 Note 12, §. 644 Note 15.

[28] L. un. §. 3. 9 C. de cad. toll. 6. 51. Die Ausnahme steht in l. 5 D. de his quae pro non scr. 34. 9: Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Verstoßes gegen den Libonianischen Senatsschluß. Vgl. noch l. 26 §. 6 D. de fideic. lib. 40. 5.

2. Inhalt der Vermächtnißverfügung im Allgemeinen.

§. 634.

1. Die Vermächtnißverfügung enthält im Allgemeinen die Zuwendung eines Vortheils an den Bedachten. Dieser Vortheil ist regelmäßig ein vermögensrechtlicher Vortheil, braucht es aber nicht zu sein[1]. Auch eine Anerkennung kann den Inhalt der Vermächtnißverfügung bilden[2].

---

[1] Die Zuwendung eines nicht vermögensrechtlichen Vortheils kann nur auf dem Wege der Verschaffung eines Forderungsrechts geschehen, und es macht sich daher hier die gleiche Frage geltend, welche oben II §. 251 Note 3 für Obligationen überhaupt beantwortet worden ist. Die Schwierigkeit, welche bei den Römern der Anerkennung eines Vermächtnisses ohne Geldwerth die Unmöglichkeit einer Verurtheilung im ordentlichen Proceß entgegensetzte, ist betont in l. 114 §. 8 D. de leg. I° (Marcianus). „Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere; potestas enim patria inaestimabilis est“. S. auch l. 41 §. 8 D. de leg. III°. (Scaevola). Aber die spätere Entwicklung hat sich über diese Schwierigkeit hinweggesetzt. L. 92 D. de cond. 35. 1 (Ulpianus). „Si cui legatum fuerit relictum, isque rogatus sit, liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? Et retineo me dixisse, defici eos a petitione fideicommissi; Papinianum quoque libro nono scribere referebam, non esse cogendum emancipare filios suos. Arbitror tamen, extra ordinem debere constitui eum qui agnovit id quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, (et) cogendum emancipare, neque enim debet circumveniri testantium voluntas“. A. M. Arndts XLVI S. 92. Das freie Ermessen freilich, welches a. a. O. dem Richter für die Zurückweisung eines nicht auf einen Vermögensvortheil gerichteten Forderungsrechts gewahrt worden ist, darf ihm auch hier nicht verkümmert werden. §. 634.

[2] Z. B. daß man Schuldner sei, oder daß man nicht mehr Gläubiger sei, daß man ein Darlehn oder die verschuldete Summe empfangen habe. Die letztwillige Anerkennung steht unter den gleichen Grundsätzen, wie die unter Lebenden erklärte (II §. 412 [a]), d. h. sie verpflichtet, vorausgesetzt daß sie wirklich eine Disposition enthält, den Erben, wie sie, wenn sie unter Lebenden erklärt worden wäre, den Erblasser selbst verpflichtet haben würde; wenn sie aber im Bewußtsein der Unrichtigkeit des Erklärten abgegeben worden ist, so erhält sie den Ausdruck des Willens, das anerkannte Rechtsverhältniß zu begründen. L. 1 C. de falsa causa 6. 44. „Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem eius liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo aut peti, quod solutum est, non potest, aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberetur, agendum est, nisi liqnido probari possit, eum non liberare debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam

2. Der Inhalt der Vermächtnißverfügung darf nicht in Widerspruch mit Rechts- oder Sittengesetzen stehen[3]. Ist die Ausführung der Vermächtnißverfügung unmöglich, so ist die Regel[4], daß der Beschwerte frei ist, wenn die Unmöglichkeit eine objective ist[5], während er bei bloß subjectiver Unmöglichkeit den Werth des Vermachten zu leisten hat[6]. Jedoch kann einerseits auch bei objectiver Unmöglichkeit der Wille des Erblassers dahin gehen, daß statt des Vermachten dessen Werth geleistet werden solle[7], und andererseits ist bei subjectiver Unmöglichkeit

existimasse." L. 4 eod., l. 6 §. 1 D. de pec. leg. 33. 8. Vgl. Bähr Anerkennung S. 203 fg. (2. Aufl. S. 220 fg.), Unger §. 72 Note 7. Seuff. Arch. XVI. 275.

[3] L. 112 §. 3 D. de leg. I°. „Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid". — Eine besondere hierher gehörige Vorschrift des römischen Rechts, beruhend auf einem Senatsschlüsse aus dem Jahre 122 n. Chr., ist, daß Bestandtheile eines Gebäudes nicht vermacht werden sollen. L. 41 §. 1 — l. 43 §. 1 D. de leg. I°. Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren S. 203 fg. Diese Vorschrift verfolgt einen für uns nicht mehr maßgebenden polizeilichen Gesichtspunkt, und hat daher heutzutage keine Geltung mehr.

[4] S. II §. 264 Num. 1. Vgl. Arndts S. 96 fg., Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 110 fg. 140 Note 1. 155 fg. 221 fg. II S. 90 fg.

[5] Vermächtniß einer nicht existirenden Sache: vgl. l. 108 §. 10 D. de leg. I°, l. 65 pr. l. 96 pr. eod., und dazu O. Müller de falsa demonstratione (akad. Programm 1861) I p. 14 sqq. Vermächtniß einer dem Verkehr entzogenen Sache: §. 4 I. de leg. 2. 20, l. 39 §. 7—10 D. de leg. I°, vgl. l. 14 C. de leg. 6. 37. Vermächtniß einer Sache, welche der Bedachte nicht erwerben kann: l. 49 §. 2 D. de leg. II°, l. 62 D. de A. R. D. 41. 1. Vermächtniß einer eigenen Sache des Vermächtnißnehmers: l. 13 C. de leg. 6. 37.

[6] Vermächtniß einer Sache, welche der Beschwerte nicht erwerben kann: l. 49 §. 3 D. de leg. II°. Vermächtniß einer fremden Sache: §. 4 I. de leg. 2. 20, l. 39 §. 7 l. 71 §. 3 D. de leg. I°, l. 14 §. 2 l. 30 §. 6 D. de leg. III°.

[7] L. 11 §. 16 D. de leg. III°, vgl. l. 49 §. 1 D. de leg. II°, l. 112 pr. D. de leg. I°; l. 114 §. 5 D. eod., vgl. Vangerow II §. 525 Anm. 1 Nr. 2, aber auch Arndts S. 102 fg. Ob auch l. 40 D. de leg. I° hierher gehört? Der befriedigendste Ausweg dieser Stelle gegenüber bleibt doch immer, zu lesen „possidendi et" statt „possidendi non est", wie jetzt auch Th. Mommsen in seiner Ausgabe thut. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. 1, Arndts S. 106 fg. — Vgl. auch noch l. 41 §. 4 l. 43 pr. D. de leg. I°: Verpflichtung zur Leistung des Werthes bei Unerlaubtheit des Vermächtnisses.

zuzusehen, ob nicht das Vermächtniß deßwegen ungültig ist, weil der Erblasser die Unmöglichkeit nicht gekannt hat[8].

3. Was das Maß der Vermächtnisse angeht, so kann Niemandem Mehr an Vermächtnissen auferlegt werden, als ihm vom Erblasser zugewendet ist[9]. Jedoch darf sich der Erbe auf die Unzulänglichkeit der Erbschaft gegen die Vermächtnißnehmer nur dann berufen, wenn er ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet hat[10]. Andererseits braucht der Erbe unter dieser Voraussetzung nicht einmal den ganzen Nachlaß herauszugeben, sondern kann ein Viertel desselben für sich abziehen; hiervon wird aber, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, des Näheren erst am Schluß der allgemeinen Lehre von den Vermächtnissen gehandelt werden (§. 650 fg.). Endlich sind die Vermächtnisse auch ungültig, soweit sie den Pflichttheil verletzen[11].

3. Nebenbestimmungen.

a. Bedingung und Befristung*.

§. 635.

1. Durch eine der Vermächtnißverfügung hinzugefügte auf-

---

[8] S. §. 633 Note 22.

[9] §. 1 I. de sing. reb. 2. 24, l. 114 §. 3 i. f. D. de leg. I°, l. 1. §. 17 i. f. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 C. de test. mil. 6. 21; l. 26 pr. l. 122 §. 2 D. de leg. I°. Der Fruchtgenuß der Zwischenzeit ist mitzurechnen, nicht aber ein außergewöhnlicher durch das Vermächtniß verschaffter Vortheil. L. 114 §. 3. 4 D. de leg. I°, l. 70 §. 1. 2 D. de leg. II°, l. 3 §. 1 l. 7 §. 2 D. de leg III°. In der vorbehaltlosen Annahme kann aber möglicherweise die Uebernahme der Verpflichtung liegen, das Vermächtniß unverkürzt zu erfüllen. L. 70 §. 1 D. de leg. II°: — „haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat“. S. andererseits l. 112 §. 2 D. de leg. I°. [Arndts XLVII S. 287 fg.]

[10] Nov. 1 c. 2. Vgl. 606 Note 8. 18.

[11] Was die dem Testamentserben und dem Vermächtnißnehmer auferlegten Vermächtnisse angeht, s. §. 582 Note 2. In gleicher Weise sind ungültig die dem Intestaterben auferlegten. Ueber die Frage, ob nicht der Erbe durch den Abzug der falcidischen Quart auch den für seinen Pflichttheil gedeckt ist, s. §. 652 Note 5.

* Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibns et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. Cod. 6. 46 de condicionibus

schiebende Bedingung wird der Anfall des Vermächtnisses, durch eine hinzugefügte aufschiebende Befristung wird der Erwerb des vermachten Rechtes bez. dessen Geltendmachung hinausgeschoben[1]. In dem einen und dem andern Fall muß aber der Beschwerte dem Bedachten Sicherheit für die künftige Erfüllung des Vermächtnisses leisten[2]. Ausnahmsweise wird der Anfall des bedingten Vermächtnisses nicht hinausgeschoben, wenn die Bedingung auf ein Nichtthun des Vermächtnißnehmers gestellt ist; eine solche Bedingung gilt als erfüllt, wenn der Vermächtnißnehmer das Nichtthun verspricht und für die Wiederherausgabe des Erhaltenen im Fall des Thuns Sicherheit bestellt (Mucianische Caution)[3]. — Auflösende Bedingungen und Befristungen bewirken durch ihre Erfüllung Rückfall des Vermächtnisses an den Beschwerten oder Anfall desselben an den in zweiter Linie Bedachten[4]. Für die dereinstige Herausgabe muß der Bedachte Sicherheit leisten[5]. — In Betreff der Frage, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist im Allgemeinen zu verweisen auf das I §. 91 Gesagte, hier aber noch besonders darauf aufmerksam zu machen, daß bei der Beantwortung dieser Frage immer in erster Linie auf den erkennbaren Willen des Verfügenden gesehen werden muß[6].

---

insertis tam legatis quam fideicommissis. — Roßhirt I S. 352—412. Arndts RLex. VI S. 294. 295. Mayer §. 32—42. Sintenis III §. 211, Vangerow II §. 434—438, Unger §. 58.

§. 635. [1] S. §. 642.

[2] S. §. 648 Num. 2.

[3] Das Nähere hierüber s. §. 554 Note 7. 8. Mayer §. 37 z. A.

[4] So Justinian in l. 26 C. de leg. 6. 37, während nach der Auffassung des älteren Rechts die auflösende Bedingung und Befristung bei Legaten unzulässig war. S. I §. 90 Note 4. §. 96 Note 6, und speciell l. 55 D. de leg. I°, l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 1; aber auch l. un. §. 3 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 3 §. 4 D. de adim. 34. 4, l. 81 §. 2 D. de leg. I°. Das Recht des Vermächtnißnehmers hört direct auf, nicht bloß obligatorisch; es ist kein Grund vorhanden, die l. 26 cit. anders zu verstehen. Vorausgesetzt natürlich, daß es sich nicht um ein Vermächtniß vertretbarer Sachen handelt; hier gehen die geleisteten Sachindividuen definitiv in das Eigenthum des Vermächtnißnehmers über, und er ist nur zur Erstattung in genere verpflichtet.

[5] L. 26 C. cit.

[6] So ist es bei Vermächtnissen unter einer auflösenden Bedingung sehr nahe liegend, daß der Erblasser dem Vermächtnißnehmer den Genuß der Zwischenzeit habe lassen wollen.

2. Bedingungen und Befristungen können einer Vermächtnißverfügung nicht bloß ausdrücklich hinzugefügt werden, sondern können sich auch, ohne daß sie ausgedrückt sind, aus dem übrigen Inhalt und dem Zusammenhang der Vermächtnißverfügung als gewollt ergeben[7]. Eine positive hierher gehörige Bestimmung ist, daß, wenn einem kinderlosen Descendenten die Herausgabe des ihm Hinterlassenen auferlegt ist, diese Auflage nur dann erfüllt zu werden braucht, wenn derselbe auch zur Zeit, wo er herausgeben soll, keine Kinder hat[8]. — Darüber, daß das als Befristung Ausgedrückte möglicherweise Bedingung sein kann, s. I §. 96a[9].

3. Die Frage, was zur Erfüllung einer Bedingung erforderlich ist, muß im gegebenen Fall nach dem durch Auslegung festzustellenden Willen des Erblassers beantwortet werden. Ueber einzelne hierher gehörige Fragen, so wie über positive hierher einschlagende Bestimmungen s. I §. 92 und III §. 554 Num. 2[10].

---

[7] So ist es eine nahe liegende Auslegung eines mit „überdieß", „ferner" („hoc amplius", eo amplius", „item") einer vorhergehenden bedingten Bedenkung hinzugefügten Vermächtnisses, daß dasselbe der gleichen Bedingung habe unterworfen werden sollen. L. 63 D. de leg. III° (vgl. l. 54 eod.), s. auch l. 108 D. de cond. 35. 1; l. 18 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7, l. 77 pr. D. de cond. 35. 1, vgl. l. 70 eod., andererseits l. 90 D. de leg. I°. S. ferner l. 83 D. de leg. II°, l. 17 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, allenfalls auch l. 24 pr. D. de adim. 34. 4, l. 95 D. de cond. 35. 1; andererseits l. 104 §. 6 D. de leg. I°, l. 27 pr. D. quando dies 36. 2, l. 14 D. de manum. test. 40. 4. Die Meinungen der Schriftsteller sind hier übrigens nicht in allen Punkten übereinstimmend. Vgl. v. Buchholtz Prälegate S. 281 fg. 505 fg., Mayer §. 32 Note 5 fg., Vangerow II §. 434 Anm. 2 Nr. 2, Unger §. 58 Note 3. — Hierher gehört auch der Satz, daß bedingte Zurücknahme eines Vermächtnisses dasselbe zu einem bedingt hinterlassenen macht. L. 6 pr. D. quando dies 36. 2. „Quod pure datum est, si sub condicione adimatur, quasi sub condicione legatum habetur". L. 107 D. de cond. 39. 1: — „ex diverso quoque purum datum legatum condicionale videtur, veluti quod sub condicione ademtum est, quasi sub contraria condicione datum intellegitur". L. 10 pr. l. 14 pr. D. de adim. 34. 4, l. 68 §. 2 D. de leg. I°. In der That ist es nichts als ein anderer Ausdruck für die bedingte Zurücknahme, daß der Bedachte das ihm Vermachte nur dann haben solle, wenn die bezeichnete Bedingung sich nicht erfülle. Vgl. §. 640 Note 9.

[8] L. 102 D. de cond. 35. 1, l. 6 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 30 C. de fideic. 6. 42. Vgl. Mayer §. 32 hinter Note 16.

[9] Mayer §. 40.

[10] S. außer den das. citirten Schriftstellern nach Mayer §. 36—39.

4. Unmögliche und unerlaubte Bestimmungen gelten auch bei Vermächtnissen, wie bei letztwilligen Zuwendungen überhaupt, als nicht hinzugefügt; das Nähere darüber s. I §. 94[11]. Ueber die auf den Willen des Beschwerten oder eines Dritten gestellten Bedingungen s. §. 633 Num. 5. Die Bedingung des Wollens des Bedachten bewirkt, daß der Anfall des Vermächtnisses erst mit der Erklärung des Bedachten eintritt[12].

b. Voraussetzung.

§. 636.

Die Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher eine Vermächtnißverfügung gemacht worden ist[1], bewirkt nicht Nichtigkeit derselben; aber sie bewirkt für den Beschwerten eine Einrede gegen den auf die Vermächtnißverfügung gegründeten Anspruch, und gibt ihm seinerseits einen Anspruch auf Rückgabe des vom Vermächtnißnehmer bereits Erlangten[2]. Hat die Voraussetzung

---

[11] S. außer den das. citirten Schriftstellern noch Mayer §. 33—35. Dieser Schriftsteller ist mit dem I §. 94 Note 17 über die Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Resolutivbedingung Gesagten einverstanden; er läßt aber, wenn das Vermächtniß für den Fall der Erfüllung der Bedingung weiter vergeben ist, neben dem Erstbedachten, welcher das Vermächtniß wegen Unwirksamkeit der Bedingung behält, auch den Zweitbedachten eintreten. Das ist irrig. Wie man auch den Inhalt des Willens des Erblassers bestimmen mag, derselbe hat unter allen Umständen gewollt, daß der Zweite erst nach dem Ersten haben soll.

[12] L. 65 §. 1 D. de leg. I°. „*Illi, si volet, Stichum do* condicionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adiectione *si volet* legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur; aliud est enim iuris, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimatur". L. 69 D. de cond. 35. 1. Doch ist zuzusehen, ob auch wirklich der Erblasser durch eine Hinzufügung dieser Art eine Bedingung hat setzen wollen; möglicherweise ist das „wenn er will, wenn er mag" nichts als der Ausdruck einer Bescheidenheit, welche sich nicht aufdrängen will. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 35, Brinz S. 890, Unger §. 58 Note 5, Arndts S. 373 fg.

§. 636. [1] Eine Uebersicht der hierher gehörigen Quellenstellen s. bei Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 33 fg. Hinzuzufügen (zu S. 41) l. 77 §. 29 D. de leg. II°.

[2] S. I. §. 97. a) Einrede: l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1 (§. 633 Note 22), l. 71 §. 3 eod., l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5. In anderen Stellen heißt es unbestimmter, daß der Vermächtnißnehmer „petere non potest",

zum Gegenstand die Erfüllung einer dem Vermächtnißnehmer gemachten Auflage[3], so braucht der Beschwerte nicht eher zu leisten, bis ihm der Vermächtnißnehmer für die Erfüllung der Auflage Sicherheit gegeben hat[4]; es müßte denn ein Dritter ein Recht auf die Erfüllung der Auflage haben, in welchem Falle es diesem überlassen bleibt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht[5]. Bei Ermangelung der auf einen vergangenen oder gegenwärtigen Umstand gerichteten Voraussetzung liegt immer ein Irrthum des Erblassers vor, und so kann in diesem Fall auch gesagt werden, daß das Vermächtniß wegen Irrthums ungültig sei[6].

4. Substitution bei Vermächtnissen.

§. 637.

Bei Vermächtnissen ist sowohl eine directe, wie eine fidei-

„submovendus, repellendus est", daß „denegatur ei actio", daß der Beschwerte „non cogendus est praestare", daß das Vermächtniß „apud heredem remanet", „ab herede retinetur". L. 88 §. 13 D. de leg. II°, l. 25 D. de lib. leg. 34. 3; l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 32 l. 36 pr. D. de excus. 27. 1, l. 12 §. 4 D. de relig. 11 7, l. 67 §. 8 D. de leg. II°, vgl. l. 19 D. de iure codic. 29. 7; l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 75 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 20 §. 1 D. de bon. lib. 38. 2; l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1, l. 28 §. 1 D. de excus. 27. 1. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 71 fg. b) Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten: l. 27 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 43 pr. D. de cond. 35. 1, l. 24 §. 16 D. de fideic. lib. 40. 5, vgl. auch l. 17 D. de usu et usufr. 33. 2. Natürlich setzt dieser Anspruch voraus, daß nicht in der Leistung selbst ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ermangelung der Voraussetzung gefunden werden könne.

[3] Dieses ist der Fall, von welchem die herrschende Meinung unter der technischen Bezeichnung: Vermächtniß sub modo neben dem bedingten und befristeten Vermächtniß allein handelt (I §. 97 Note 1).

[4] L. 19 D. de leg. III°, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 §. 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5. L. 19 cit. „Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt".

[5] Hierher gehört seit l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55 auch die zu Gunsten eines Dritten mit ut gemachte Auflage. Vgl. §. 633 Note 8. Wenn ein Recht eines Dritten nicht begründet ist, so kann möglicherweise auch die Obrigkeit mit außerordentlichem Zwang einschreiten, l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. 7 D. de annuis 33. 1. Vgl. überhaupt I §. 99 Note 2.

[6] S. §. 633 Note 22, und vgl. I §. 97 Note 5.

commissarische Substitution zulässig. Die directe Substitution ist eine bedingte Vermächtnißverfügung; für sie gilt, soweit anwendbar, das oben §. 557 für die Substitution bei der Erbeseinsetzung Gesagte[1]. Die fideicommissarische Substitution ist ein auf das Vermächtniß zu Gunsten einer andern Person gelegtes Vermächtniß[2]. Eine besondere Art[3] der fideicommissarischen Substitution ist die Anordnung, daß ein gewisses Vermögensstück auf immer der Familie erhalten bleiben solle[4]; in diesem Falle ist nicht bloß der erste Inhaber, sondern jeder folgende in der §. 625 Num. 2 z. E. bezeichneten Weise zu Gunsten des dem Grade nach nächsten Familiengliedes mit einem Vermächtniß beschwert. Die Gradesnähe ist, was die zur Zeit des Todes des Erblassers Lebenden angeht, nach dem Erblasser, in Betreff der später Geborenen nach dem letzten Inhaber zu bestimmen[5]. Nach einer Vorschrift Justinian's[6] soll das in dieser Weise Hinterlassene in der vierten Hand und Generation freies Gut werden, wenn der vorletzte Inhaber vor Erreichung der Pubertät gestorben ist; jedoch ist der

§. 637. [1] L. 50 pr. D. de leg. II°. „Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis. L. un. §. 7. C. de cad. toll. 6. 51: — „cum certi iuris sit, et in institutionibus et in legatis fideicommissis et mortis causa donationibus posse substitui". L. 3 pr. D. de adim. 34. 4.

[2] S. z. B. l. 39 pr. D. de leg. III°, l. 36 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 2 C. quando dies 6. 53.

[3] Marezoll Magaz. f. RW. u. Gesetzgeb. IV S. 203 fg. (1825). Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 2 (1831). Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 42 fg. (1848). Lewis das Recht des Familienfideicommisses S. 3 fg. 439 fg. (1868). Sintenis III §. 209. [Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 511 fg.]

[4] Im Gegensatz zu der Anordnung, daß nur der erste Inhaber das Vermachte nicht aus der Familie bringen solle, §. 625 Note 13 fg. Dieser Gegensatz ist namentlich in Nov. 159 pr. c. 1 hervorgehoben; s. ferner l. 67 §. 5. 6 D. de leg. II°, l. 69 §. 3 eod., l. 114 §. 18 D. de leg. I°. Seuff. Arch. VII. 209. 210.

[5] Die Frage ist in den Quellen nicht entschieden. Das Gesagte scheint mir am Besten den eigentlichen Willen des Erblassers auszudrücken. Vgl. übrigens Sintenis a. a. O. Anm. 32.

[6] Nov. 159. L. 32 §. 6 D. de leg. II° ist von einem fideicommissum familiae libertorum relictum zu verstehen (Heimbach S. 44 fg., Lewis S. 17. 20), jedenfalls durch die bezeichnete Novelle beseitigt.

eigentliche Inhalt[7] und die heutige Anwendbarkeit[8] dieser Vorschrift bestritten. Jedenfalls findet sie keine Anwendung bei dem deutschen Familienfideicommisse, welches sich auf der römischen Grundlage seit dem 17. Jahrhundert als selbständiges Rechtsinstitut entwickelt hat[9].

D. Ungültigkeit des Vermächtnisses.

1. Ungültigkeit des Vermächtnisses als solchen *.

a. Anfängliche Ungültigkeit. Catonianische Regel.

§. 638.

Die Mängel, welche eine Vermächtnißverfügung ungültig machen, sind vorher angegeben worden[1]. Hier ist noch die Frage zu beantworten, ob ein ungültig errichtetes Vermächtniß dadurch gültig wird, daß ein ihm zur Zeit seiner Errichtung anklebender Mangel vor dem Tode des Erblassers wieder wegfällt[2]. Diese Frage ist zu verneinen; gegen die mögliche Bejahung derselben wendet sich die Catonianische Regel[3], welche lautet: welches

---

[7] Namentlich wird behauptet, sie schreibe das Freiwerden des Hinterlassenen in der vierten Hand ohne die im Text bezeichnete Beschränkung vor; so unter den Neueren Pfeiffer, Heimbach, Lewis a. a. OO. Allerdings ist ein Grund für diese Beschränkung nicht ersichtlich; aber dieselbe steht doch einmal in einer durch Interpretation, wie mir scheint, nicht zu beseitigenden Weise in c. 3 der Novelle, und das bezeichnete Argument wiegt bei einer Justinianischen Novelle leichter, als sonst.

[8] Vgl. die bei Pfeifer S. 66 Genannten, neuerdings Sintenis a. a. O. Anm. 37, Arndts §. 549 Anm. 3, Rudorff zu Puchta §. 527. b.

[8] Der leitende Gedanke des deutschen Familienfideicommisses ist die Erhaltung des Glanzes und des Ansehens der Familie. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts (Beseler §. 176, Gerber §. 83. 84), und neuestens die in Note 3 bezeichnete Schrift von Lewis (Berlin 1868).

* Den Gegensatz bildet die Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Ungültigkeit des Testamentes, in welchem es hinterlassen ist (§. 641). §. 638.

[1] S. §. 633 und die Verweisungen daselbst.

[2] Dig. 34. 7 de regula Catoniana. — Harnier de regula Catoniana (1820). Roßhirt Arch. f. civ. Pr. X S. 328—334 (1827). Guyet Abhandlungen aus dem Gebiet des Civilrechts Num. 5 (1829). Müller Arch. f. civ. Pr. XIV. 13 (1831). Arndts Rhein. Mus. V. 9 (1833). Roßhirt Verm. I S. 412—424 (1835). Vangerow II §. 540, Sintenis III S. 698—700, Brinz S. 963—964.

[3] Zweifelhaft, ob von M. Portius Cato Censorius (Consul 559, gest. 605),

Vermächtniß ungültig gewesen sein würde, wenn der Erblasser sogleich nach seiner Errichtung gestorben wäre, ist ungültig, zu welcher Zeit er auch sterben mag[4]. Diese Regel erleidet aber eine Ausnahme bei bedingten Vermächtnissen und bei solchen, deren Anfall aus andern Gründen nicht sofort mit dem Tode des Erblassers erfolgt (§. 642); bei ihnen genügt Abwesenheit des Mangels zur Zeit des Anfalls[5]. Daraus folgt jedoch nicht, daß diese Vermächtnisse auch dann gültig seien, wenn der zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses unfähige Erblasser vor seinem Tode fähig geworden ist; denn in diesem Fall ist der Mangel des Vermächtnisses eben nicht weggefallen[6]. Keine

---

oder von seinem als Jurist mehr bekannten Sohne († 600). Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts I §. 73.

[4] L. 1 pr. D. h. t. „Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere". — Die Einzelanwendungen dieser Regel, welche in den Quellen vorkommen, sind folgende; dieselben sind freilich, mit Ausnahme der ersten, heutzutage nicht mehr praktisch. a) Das Vermächtniß einer im Eigenthum des Vermächtnißnehmers stehenden Sache wird nicht gültig durch spätere Veräußerung der Sache, §. 10 I. de leg. 2. 20, l. 41 §. 2 D. de leg. I°. b) Das Vermächtniß einer mit einem Gebände verbundenen Sache wird nicht gültig durch spätere Loslösung der Sache, l. 41 §. 2 cit. c) Das Vermächtniß an eine in der Gewalt des Eingesetzten stehende Person wird nicht gültig durch spätere Aufhebung der Gewalt, Gai. II. 244, §. 32 I. de leg. 2. 20, l. 89 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. v. Crailsheim Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 392—397. d) Das Vermächtniß an einen eigenen Sclaven wird nicht dadurch gültig, daß derselbe später die Freiheit erlangt, vgl. l. 89 D. de her. inst. 28. 5.

[5] a) Bedingte Vermächtnisse. L. 41 §. 2 D. de leg. I°: — „purum igitur legatum Catoniana regula impediet, condicionale non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet". L. 98 D. de cond. 25. 1; Gai. II. 244, Ulp. XXIV. 23, §. 32 I. de leg. 2. 20, l. 89 D. de her. inst. 28. 5. b) L. 3 D. h. t. „Catoniana regula non pertinet ad . . . ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem". Im Einzelnen gehören hierher die Vermächtnisse von Rechten, welche an die Person geknüpft sind, so daß ein Anfall vor dem Erwerbe unnütz ist, l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3; sodann die Vermächtnisse, bei denen ein Anfall vor dem Erwerbe sogar schädlich sein würde, l. 7 §. 6 l. 8 D. quando dies 36. 2, l. 86 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 13 pr. D. de opt. leg. 33. 5. Vgl. §. 642 a. E.

[6] Ein von einem Unfähigen errichtetes Vermächtniß bleibt ein von einem

Anwendung findet die bezeichnete Ausnahme (so daß die Catonianische Regel wieder Platz greift) bei solchen Mängeln, deren Wegfall zwar nicht absolut unmöglich ist, aber außer aller Berechnung liegt[7].

Die Catonianische Regel ist nichts Besonderes ihrem Inhalt nach; sie ist vielmehr eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes[8], daß ein ungültig errichtetes Vermächtniß dadurch nicht aufhört, ungültig zu sein, daß der Grund, welcher es ungültig

---

Unfähigen errichtetes, wenn auch der Errichter hinterher fähig wird. Der Mangel, welcher einem Vermächtniß wegen Unfähigkeit des Errichters anklebt, kann ebenso wenig wegfallen, wie irgend ein anderer Mangel, welcher seinen Grund in einer Qualität des Errichtungsactes hat. Wegfallen können nur solche Mängel, welche ihren Grund in dem Inhalt des Vermächtnißwillens haben; der Verwirklichung des Vermächtnißwillens kann zu Einer Zeit ein Hinderniß entgegenstehen, welches zu einer anderen Zeit weggefallen ist. Positive Ausnahme: §. 624 Note 3. — Einige Schriftsteller (Arndts S. 209 fg., Vangerow Num. I. 5, vgl. auch Brinz S. 964) stellen, gegen die herrschende Meinung, der Unfähigkeit des Erblassers die Unfähigkeit des Bedachten gleich. Diese Behauptung halte ich nicht für genügend begründet. Gestützt wird sie darauf, daß nach römischer Auffassung das Bedachtwerden mit einem Vermächtnisse ebenfalls Theilnahme an dem Errichtungsgeschäft sei. Das mag richtig sein für Legate; ob aber auch für Fideicommisse, ist mir mehr als zweifelhaft. Und da nun auch für Legate keine einzige Stelle in unseren Quellen mit Bestimmtheit den Satz ausspricht, daß Fähigkeit des Bedachten zur Zeit des Todes auch in den der Catonianischen Regel entzogenen Fällen, und namentlich bei bedingten Vermächtnissen, nicht genüge — mit Bestimmtheit spricht diesen Satz auch l. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5, auf welche man sich beruft, gewiß nicht aus — so halte ich es für sicherer, bei der herrschenden Meinung stehen zu bleiben. Es kommt hinzu, daß, wenn es in l. 5 D. h. t. heißt: „Regula Catoniana ad novas leges non pertinet", also: sie bezieht sich nicht auf die s. g. Erwerbfähigkeit (§. 550), der Schluß ganz nahe liegt, daß sie sich auf die Fähigkeit, bedacht zu werden, allerdings bezieht, also auch mit ihren Ausnahmen bezieht.

[7] In diesem Sinne halte ich den von Arndts S. 214 fg. und Brinz S. 964 gelehrten Satz für richtig, daß das Vermächtniß einer res extra commercium auch als bedingtes ungültig sei. Die genannten Schriftsteller führen zum Beweise an, daß auch die bedingte Stipulation einer solchen Sache schlechthin ungültig sei, s. l 83 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 137 §. 6 eod., §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, und andererseits l. 31 D. de V. O. Ich füge hinzu l. 39 §. 8 D. de leg. I°: — „furiosi est, talia legata testamento adscribere".

[8] Vgl. I §. 83 Num. 1.

gemacht hat, hinterher wegfällt[9], und sie will nur einschärfen, daß ein Vermächtniß in Betreff seiner Gültigkeit deßwegen nicht weniger mit dem zur Zeit seiner Errichtung bestehenden Zustand gemessen werden müsse, weil es erst mit dem Tode des Erblassers zu wirken bestimmt ist[10]. Aber die Catonianische Regel ist etwas Besonderes ihrem Ausdruck nach[11]: derselbe beruht auf der Auffassung, daß der Ausspruch des Rechts über Gültigkeit und Ungültigkeit eines Vermächtnisses nicht sofort zur Zeit seiner Errichtung, sondern erst zur Zeit seines Anfalls erfolge[12]. Dieser Ausdruck der Regel ist auch nicht ohne Consequenzen geblieben, und namentlich beruhen auf demselben theilweise die zuvor genannten Ausnahmen von der Regel[13], während andere Consequenzen

---

[9] L. 29 D. de R. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“. In besonderer Anwendung auf letztwillige Verfügungen l. 201 eod. „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint“.

[10] Diese Ansicht über den Grund der Catonianischen Regel wird namentlich von Vangerow a. a. O. vertreten. Ueber andere („zum Theil recht wunderliche“, Vangerow a. a. O.) Ansichten s. Harnier §. VI sqq., Roßhirt Arch. S. 329 fg. und Verm. S. 417 fg., Guyet S. 106 fg., Müller S. 278 fg., Arndts S. 240 fg.

[11] Dieser Punkt wird von Vangerow nicht in dem Maße hervorgehoben, wie es hier geschehen ist.

[12] Die Regel sagt nicht: das Vermächtniß, welches zur Zeit der Errichtung ungültig ist, bleibt ungültig; sondern sie sagt: das Vermächtniß ist zur Zeit des Todes, wann er auch erfolgen möge, ungültig, wenn es bei Eintritt des Todes zur Zeit der Errichtung ungültig gewesen sein würde. — Die entgegengesetzte Auffassung findet sich z. B. in l. 41 §. 2 D. de leg. I°: — „et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet“, — „quia vires ab initio legatum non habuit“.

[13] Bei der Fassung der Regel ist an den Fall nicht gedacht, daß der Termin für den Anfall des Vermächtnisses ausnahmsweise ein anderer, als die Zeit des Todes des Erblassers sein kann. Ist dieser Termin aber ein anderer, so wird auch im Sinne der der Regel zu Grunde liegenden Anschauung zur Zeit des Todes nicht über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vermächtnisses gesprochen, und man kann daher auch nicht sagen, daß es zu dieser Zeit ungültig sei. — Jedenfalls ist dieß die einzige Erklärung, welche sich für die Note 5 bei b bezeichnete Ausnahme von der Catonianischen Regel darbietet, während allerdings für die bedingten Vermächtnisse auch eine andere Erklärung möglich ist, nämlich aus dem Gedanken, daß die Gültigkeit eines Vermächtnisses mit dem zur Zeit seiner Errichtung stattfindenden Zustand dann nicht gemessen werden soll, wenn es selbst seine Wirksamkeit in Frage gestellt hat.

welche sich aus demselben an und für sich ergeben hätten, von der römischen Jurisprudenz ausdrücklich abgelehnt worden sind[14].

Wenn die Catonianische Regel nicht auch für Erbeseinsetzungen aufgestellt worden ist[15], so erklärt sich dieß aus der Natur der bei Erbeseinsetzungen vorkommenden Mängel[16].

Und für diese Erklärung spricht, daß auch bei Stipulationen die gleiche Ausnahme gilt, s. l. 31 D. de V. O. 45. 1 (freilich auch l. 26 D. de stip. serv. 45. 3). S. übrigens andererseits Gai. II. 244 i. f. — Eine andere, heutzutage nicht mehr praktische, Consequenz aus dem Ausdruck der Catonianischen Regel s. bei Gai. II. 245, Ulp. XXIV. 24, §. 33 I. de leg. 2. 30, l. 91 pr. D. de leg. I°, l. 17 i. f. D. quando dies 36. 2 (das Vermächtniß an den Gewalthaber des eingesetzten Erben ist nur dann ungültig, wenn das Gewaltverhältniß zur Zeit des Antritts der Erbschaft noch besteht, vgl. Note 4 unter c).

[14] S. l. 1 §. 1. 2 l. 2 D. h. t. In den in diesen Stellen behandelten Fällen hätte die Anwendung der Catonianischen Regel zu einem offenbaren Widerspruch mit dem Willen des Erblassers geführt. Vgl. Arndts S. 206 fg — Eine Consequenz aus der Catonianischen Regel wäre an und für sich auch die gewesen, daß die Frage, ob nicht das Vermächtniß wegen Ueberschreitung des Maßes ungültig sei, nach dem Zustand des Vermögens zur Zeit der Errichtung hätte beantwortet werden müssen. Für diesen Fall findet sich eine ausdrückliche Bemerkung darüber, daß die Catonianische Regel nicht Platz greife, in unseren Quellen nicht.

[15] L. 3 D. h. t. „Catoniana regula non pertinet ad hereditates".

[16] Die Catonianische Regel bezieht sich nur auf Mängel, welche wegfallen können, und die meisten der bei Erbeseinsetzungen vorkommenden Mängel können nicht wegfallen, weil sie Mängel des Errichtungsactes sind (Note 6) Dieß gilt auch für die Unfähigkeit des Eingesetzten, da das römische Recht die Erbeseinsetzung unbedingt als Geschäft mit dem Eingesetzten auffaßt, weßwegen namentlich die bedingte Erbeseinsetzung eines Unfähigen durch das spätere Aufhören der Unfähigkeit nicht gültig wird (§. 549 Note 2). Nicht anders ist wohl zu verstehen l. 4 D. h. t. „Placet Catonis regulam ad condicionalis institutiones non pertinere". Aber auch die Uebergehung eines suus faßt das römische Recht als einen Mangel des Errichtungsactes, nicht als ein Hinderniß der Verwirklichung des Einsetzungswillens auf; die entgegengesetzte Ansicht ist zwar in der römischen Jurisprudenz aufgetreten, aber nicht durchgedrungen. Gai. II. 123, pr. I. de exher. lib. 2. 13, l. 7. 8 D. de lib. 28. 2. Nicht möglich war diese Auffassung für die Uebergehung eines Notherben, welchem aus der Uebergehung ein Anfechtungsrecht erwuchs; aber hier verstand es sich eben auch von selbst, daß mit dem Wegfall des Anfechtungsberechtigten vor dem Tode des Erblassers das Anfechtungsrecht selbst wegfalle. — Ueber andere Ansichten in Betreff der Nichtanwendung der Catonianischen Regel auf Erbeseinsetzungen s. die Citate Note 19.

Die heutige Anwendbarkeit der Catonianischen Regel wird mit Unrecht bestritten[17].

b. Nachfolgende Ungültigkeit.

§. 639.

Ein gültig errichtetes Vermächtniß verliert seine Gültigkeit[1]:

1. durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Tode nicht wieder gehobene Rechtsunfähigkeit des Erblassers[2];

2. durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Anfall nicht wieder gehobene Unfähigkeit des Vermächtnißnehmers, bedacht zu werden[3];

---

[17] Die Bestreitung (so namentlich v. Löhr Magaz. f. RW. u. Gesetzg. III S. 196 fg., Guyet a. a. O., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI S. 270, und noch neuerdings Sintenis III §. 212 Anm. 6, vgl. auch Unger §. 67 Note 14) wird darauf gegründet, daß bei Fideicommissen lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen worden sei. Aber l. 1 §. 1. 5 D. de leg. III°, auf welche man sich hierfür beruft, beruht auf der Möglichkeit einer Fideicommißerrichtung ohne alle Form. Müller a. a. O., Arndts S. 245 fg., Fein Forts. von Glück XLIV S. 41 fg., Vangerow a. a. O. Num. V. — Ueber die Ansicht, daß im römischen Recht die regula Catoniana in der Zwischenzeit zwischen der lex Iulia et Papia Poppaea und der l. un. C. de cad. toll. nicht gegolten habe, s. Vangerow a. a. O. Num. IV.

§. 639. [1] Von Ungültigwerden des Vermächtnisses darf nur geredet werden bis zum Erwerbe des Vermächtnisses (§. 642) bez. dem Erwerbe der Erbschaft (Note 4 a. E.). Thatsachen, welche später eintreten, betreffen nicht das Vermächtniß (die Vermächtnißverfügung), sondern das durch das Vermächtniß erlangte Recht.

[2] Vgl. §. 624 Note 1, §. 563 Num. 1.

[3] Die vor dem Anfall wieder gehobene Unfähigkeit des Bedachten schadet weder nach der Auffassung, welche in der Unfähigkeit des Bedachten einen Mangel des Errichtungsgeschäfts sieht (vgl. §. 638 Note 6) — denn s. l. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5 und §. 549 Note 2 — noch nach der Auffassung, welche die Unfähigkeit des Bedachten nur für ein Hinderniß der Ausführung des Vermächtnißwillens hält — denn die regula Catoniana bezieht sich auf Hindernisse, welche nach der Errichtung eintreten, weder ihrem Wortlaute nach, noch ist ein Grund vorhanden, sie auf dieselben zu erstrecken. Aufhebung der Unfähigkeit nach dem Anfall und vor dem Erwerbe hilft nach keiner von beiden Auffassungen, nach der ersten nicht arg. l. 59 §. 4 cit. (§. 549 Note 2), nach der zweiten nicht, weil das Vermächtniß bereits mit dem Anfall in ein festes Verhältniß zum Vermächtnißnehmer tritt. Aus demselben Grunde schadet nach keiner von beiden Auffassungen die erst nach dem Anfall eintretende Unfähigkeit. Vgl. §. 642 Note 8.

3. durch die nach der Errichtung eintretende und vor dem Erwerb der Erbschaft nicht wieder gehobene[4] Unmöglichkeit der Erfüllung des Vermächtnisses[5], so wie mit der gleichen Maßgabe durch die eintretende Unerlaubtheit des Vermächtnisses[6];

---

[4] Es ist schon in der vorigen Note gesagt worden, daß die regula Catoniana später eintretende Ungültigkeitsgründe nicht ergreift. Vgl. §. 14 i. f. D. de leg. II° und Arndts S. 278 fg. Wenn hier als Grenze nicht der Anfall des Vermächtnisses gesetzt worden ist, so beruht dieß auf l. 45 D. de leg. I°, zu welcher Stelle zu bemerken ist: a) der Anfall des dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisses erfolgt mit dem Tode des Vaters, nicht mit dem Tode des Pupillen (§. 642 Note 3 a. E.); b) „utile legatum est", d. h. in der Weise, als hätte der Vermächtnißnehmer die vermachte Sache nie erworben, es kann nicht bloß das Kaufgeld gefordert werden (Note 5); c) dieß soll aber nicht eintreten bei Unredlichkeit des Vermächtnißnehmers („antequam scires tibi legatas esse"). Vgl. l. 66 §. 1 D. de leg. II°, welche Stelle von der Zeit nach dem Erwerbe handelt, und Arndts S. 335 fg. Wenn andererseits als Grenze nicht der Erwerb des Vermächtnisses, sondern der Erwerb der Erbschaft gesetzt worden ist, so hat dieß seinen Grund darin, daß mit dem Erwerb der Erbschaft die Verhaftung des Beschwerten auch dann beginnt, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder befristetes ist, und daher eine nach dieser Zeit ohne seine Schuld eintretende oder bereits zu dieser Zeit vorhandene Unmöglichkeit ihn auch definitiv befreien muß.

[5] Hierher gehört an und für sich auch der Fall, wo der Vermächtnißnehmer nach Errichtung des Vermächtnisses das Eigenthum der vermachten Sache erwirbt; nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers wird aber in diesem Falle das Vermächtniß so weit aufrecht erhalten, als der Vermächtnißnehmer die Sache nicht mit gleich günstigem Resultat für sein Vermögen erlangt hat, wie vorhanden gewesen wäre, wenn er sie durch das Vermächtniß erlangt hätte. Vgl. II §. 360 Num. 3, und außer den das. angeführten Schriftstellern jetzt noch Arndts S. 249—343. Von den a. a. O. citirten Quellenstellen gehören hierher diejenigen nicht, welche Erwerb des Vermächtnisses bez. der Erbschaft voraussetzen, namentlich aber gehört hierher §. 6 I. de leg. 2. 20. „Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse". S. ferner §. 9 eod., l. 34 §. 7. 8 D. de leg. I°, l. 82 §. 2 init. §. 4 eod., l. 73 D. de leg. II°, l. 102 §. 2 D. de leg. III°. — Möglicherweise kann aber der Wille des Erblassers auch darauf gehen, daß das Vermächtniß unbedingt aufrechterhalten werden soll. L. 21 §. 1 D. de leg. III°.

[6] L. 41 §. 15 D. de leg. I°.

4. durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Anfall[7].

5. Durch den Wegfall des Beschwerten[8] wird das Vermächtniß, abgesehen von dem nicht hierher gehörigen Fall (§. 641), wo durch den Wegfall des Beschwerten das ganze Testament ungültig wird, regelmäßig nicht ungültig, sondern es trägt nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers das Vermächtniß nun derjenige, welchem der Wegfall des Beschwerten zu Gute kommt[9]. Eine Ausnahme gilt nur für die Fälle, wo an die Stelle eines wegfallenden Intestaterben der nachfolgende Intestaterbe[10], und wo an die Stelle des ausfallenden Vermächtnißnehmers der nicht wörtlich verbundene Mitvermächtnißnehmer tritt[11].

6. Ein sehr weit reichender Grund des Ungültigwerdens des Vermächtnisses ist Widerruf des Erblassers. Hiervon ist besonders zu handeln.

Im Besonderen vom Widerruf des Vermächtnisses*.

§. 640.

Das Vermächtniß kann widerrufen werden innerhalb der Gesammtverfügung selbst, in welcher es hinterlassen worden ist, oder nach Errichtung derselben[1]. In dem einen und dem anderen

---

[7] Nach dem Anfall geht das Vermächtniß auf die Erben über (§. 642).

[8] Vgl. über diesen Fall Francke Beiträge S. 111—136. [Arndts XLVII S. 264—287.]

[9] Im Besonderen: a) der Substituirte, l. 74 D. de leg. I°, l. 61 §. 1 l. 77 §. 15 l. 82 §. 1 D. de leg. II°, l. 4 C. ad SC. Treb. 36. 1; b) der durch Anwachsungsrecht eintretende Miterbe, so wie der collegatarius re et verbis coniunctus, l. un. §. 10. 11. 14 C. de cad. toll. 6. 51, l. 49 §. 4 l. 61 §. 1 D. de leg. II°, vgl. l. 29 §. 1. 2 eod.; c) der Fiscus an welchen eine erblose Erbschaft fällt, §. 622 Note 5; d) wenn ein Vermächtniß mit einem Vermächtniß beschwert ist, derjenige welcher das ausfallende Vermächtniß nicht zu entrichten braucht, l. un. §. 4. 9 C. de cad. toll. 6. 51, l. 29 pr. D. de leg. II°.

[10] L. 1 §. 9 D. de leg. III°. Vorausgesetzt natürlich daß das Vermächtniß gerade diesem bestimmten Intestaterben, nicht den Intestaterben überhaupt auferlegt worden ist, vgl. §. 630 Note 6.

[11] S. Note 9 lib. b und §. 644 Note 15.

§. 640. * Inst. 2. 21 de ademtione et translatione legatorum. Dig. 34. 4 de adimendis et transferendis legatis. — Roßhirt I S. 429—446. Arndts RLex. VI S. 297—301.

[1] Pr. I. h. t. „Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est“. L. 12 §. 3 D. de leg. I°. „In legatis

Fall bedarf der Widerruf einer Form nicht[2]. Auch durch Ausstreichung der schriftlichen Vermächtnißverfügung kann der Widerruf erklärt werden[3], so wie stillschweigend[4] durch jede Handlung, welche einen unzweifelhaften Ausdruck des Widerrufswillens enthält[5]. Ja schon dann gilt das Vermächtniß als widerrufen, wenn das Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Vermächtnißnehmer sich in einer Weise gestaltet, daß eine Fortdauer des Vermächtnißwillens nicht mehr angenommen werden kann[6]. In der Errichtung eines Testaments nach einem Codicill darf im Zweifel ein Widerruf der im Codicill errichteten Vermächtnisse nicht gefunden werden[7]. Ein unverständlicher Widerruf kommt so wenig in Betracht, wie eine unverständliche Hinterlassung[8];

---

novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die vel condicione vel in totum ademtione potest" L. 17 l. 3 §. 8 l. 28 D. h. t., l. 40 §. 2 l. 51 pr. l. 87. 89 D. de cond. 35. 1. Vgl. §. 562 Note 4, §. 554 Note 15.

[2] Bei Legaten erzeugte formloser Widerruf nur doli exceptio, Ulp. XXIV. 19, l. 3 §. 11 i. f. l. 15 D. h. t., während Fideicommisse „nuda voluntate" direct aufgehoben wurden, l. 3 §. 11 cit., l. 26 C. de fideic. 6. 42. Die Institutionenstelle pr. I. h. t. gedenkt auch bei Legaten dieses Gegensatzes nicht mehr. Seuff. Arch. IV. 240.

[3] L. 16. 17 D. h. t.

[4] Der Widerruf durch Ausstreichen ist kein stillschweigender Widerruf im technischen Sinne des Wortes, so wenig wie die Willenserklärung durch Geberden eine stillschweigende Willenserklärung ist. Vgl. I §. 72 Note 7.

[5] Z. B. durch Veräußerung der vermachten Sache. L. 15. 18. 24 §. 1 l. 25 D. h. t., l. 11 C. de leg. 6. 37. Vgl. §. 654 Note 13. Umgestaltung der Sache: vgl. l. 44 §. 2—4 D. de leg. I°, l. 39 D. de leg. II°, l. 79 §. 2 D. de leg. III°, l. 88 eod. Vgl. übrigens Unger §. 67 Note 6. Seuff. Arch. VI. 53, XVI. 132.

[6] L. 3 §. 11 l. 4 l. 31 §. 2 D. h. t., l. 9 pr. §. 1 D. de his quae ut ind. 34. 9.

[7] §. 1 I. de codic. 2. 25, l. 5 D. de iure cod. 29. 7. Dieser Satz ist jedoch streitig. Vgl. Fein Forts. von Glück XLIV S. 168 fg., Mayer §. 20 Anm. 9—12, Sintenis III §. 208 Anm. 7, Vangerow II §. 526 S. 439, Unger §. 61 Note 7. Seuff. Arch. IX. 192.

[8] Bestritten für den Fall, wo der Widerruf es nicht erkennen läßt, auf welches von mehreren Vermächtnissen er sich beziehe. In Betreff dieser Frage besteht nach der überlieferten Lesart ein Widerspruch zwischen l. 3 §. 7 D. h. t. und l. 10 D. de reb. dub. 34. 5, beides Stellen von Ulpian. Ueber Vereinigungsversuche s. Göschen Zeitschr f. gesch. RW. I S. 105 fg., Klüpfel Arch. f. civ. Pr. II. 7, Gitzler Themis N. F. I S. 309 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 288 fg., Arndts RLex. VI S. 299 Note 150.

ein bedingter Widerruf macht das Vermächtniß selbst zu einem bedingten[9].

Eine Zurücknahme des Vermächtnisses liegt auch in der Anordnung eines andern Vermächtnisses an Stelle desselben[10], mag die Aenderung sich auf den Gegenstand des Vermächtnisses beziehen, oder auf eine der beim Vermächtniß in Betracht kommenden Personen, oder auf Nebenbestimmungen[11]. Gültigkeit

---

Andere Schriftsteller suchen durch Aenderung der Interpunktion zu helfen (Fragezeichen hinter „debebitur" oder hinter „datum erit"), Hepp Arch. f. civ. Pr. IX. 2, Lang Hermeneutik S. 277, Sintenis III §. 212 Anm. 16, vgl. auch Pöschmann in Schletter's Jahrb. III S. 251 fg.; noch andere durch Emendation (in l. 3 §. 7 cit. „neutri legatum debebitur" statt „utrique", oder „delebitur" statt „debebitur", oder in l. 10 cit. i. f. „in ademtione autem utrumque valere" statt „ademtionem autem in utrumque valere", oder „neutrimque" statt „in utrumque"), Gans Arch. f. civ. Pr. I. 33, v. Herrnstorff das. I. 34, Riedel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 293 fg., Vangerow II §. 541 Anm.; Wunderlich in Sell's Jahrb. I. 8.; Göschen Zeitschr. f. gesch. RW. I. 6; Th. Mommsen in seiner Pandektenausgabe. In sachlicher Beziehung aber ziehen die Einen l. 3 §. 7 cit. vor, welche die Ademtion für ungültig erklärt, die Anderen l. 10 cit., welche sie auf alle Vermächtnisse wirken läßt. Die bei Anerkennung des Widerspruchs hier gebilligte erste Meinung stützt sich auf den im Text bezeichneten Satz (§. 633 Note 2, s. auch l. 14 §. 1 D. h. t.). Dieser ersten Meinung sind Göschen a. a. O., Arndts RLex. VI S. 299 und Lehrb. §. 551 Anm. 5, Brinz S. 960 fg., Unger §. 61 Note 8, Th. Mommsen a. a. O. Die entgegengesetzte Meinung wird vertreten von Gans, v. Herrnstorff, Klüpfel, Wunderlich, Riedel, Lang, Pöschmann, Sintenis, Vangerow a. a. OO., auch von Roßhirt Verm. I S. 436 fg.

[9] L. 10 pr. D. h. t. „Si legatum pure datum Titio adimatur sub condicione et pendente condicione Titius decesserit, quamvis condicio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit; nam legatum cum sub condicione adimatur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset". L. 14 pr. eod., l. 107 i. f. D. de cond. 35. 1, l. 6 pr. D. quando dies 36. 2, l. 68 §. 2 D. de leg. I°; l. 7—9 D. h. t. Vgl. §. 635 Note 7 und II §. 354 Note 10.

[10] Die Quellen nennen dieß translatio legati. L. 5 D. h. t. „Sicuti adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: *quod Titio legavi, id Seio do lego;* quae res in personam Titii tacitam ademtionem continet".

[11] L. 6 pr. D. h. t. „Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut, quod pure datum est, transfertur sub condicione". L. 6 §. 1. 2

des zweiten Vermächtnisses ist Voraussetzung der Wiederaufhebung des ersten im Zweifel nicht[12].

2. Ungültigkeit des Vermächtnisses wegen Ungültigkeit des Testamentes*.

§. 641.

Die Regel ist, daß die in einem Testamente oder testamentarischen Codicill errichteten Vermächtnisse mit dem Testamente stehen und fallen, wenngleich sie selbst von dem Grunde, welcher das Testament ungültig macht, nicht berührt werden[1]. Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen[2].

---

l. 7—9 eod., §. 1 I. h. t. Es ist eine Auslegungsfrage, ob und in wie weit der Erblasser das zweite Vermächtniß wirklich an Stelle des ersten hat anordnen wollen, also das erste durch das zweite hat zurücknehmen wollen, und ebenso, ob er nicht im zweiten Vermächtniß die Nebenbestimmungen des ersten hat wiederholen wollen. L. 33. 34 pr. D. de leg. I°, l. 44 §. 1 D. de leg. II°, l. 7. 9 D. h. t., l. 87—89 D. de cond. 35. 1, l. 7 pr. C. de leg. 6. 37; l. 24 pr. D. h. t. Vgl. Schrader Arch. f. civ. Pr. XXXIII 1.

[12] L. 20 D. h. t., l. 34 pr. D. de leg. I°.

* Francke Beiträge S. 136 fg. Vangerow II §. 539. §. 641.

[1] L. 9 D. de test. tut. 26. 2, l. 3 §. 2 D. de iure cod. 29. 7, l. 81 D. de leg. II°, l. 1 §. 1 D. de leg. III°, l. 181 D. de R. I. 50. 17, l. 2 C. si quis om. causa 6. 39, l. 14 C. de fideic. 6. 42. Testamentarisches Codicill: §. 630 Note 5.

[2] Außer den im Folgenden genannten Ausnahmen ist eine fernere Ausnahme in l. 28 D. de inoff. 5. 2, l. 92 D. de her. inst. 28. 5 enthalten. Aber diese Ausnahme muß als durch die Gesammtentwicklung des römischen Rechts überholt angesehen werden; was freilich der herrschenden Meinung nicht entspricht. Vgl. §. 548 Note 16. — Keine Ausnahme liegt in der Aufrechterhaltung der Vermächtnisse durch die Codicillarclausel. Die Vermächtnisse werden in diesem Fall nicht als im Testament hinterlassene aufrechterhalten. — Keine Ausnahme liegt ferner in dem Satz, daß das gegen den Testamentserben erstrittene, das Testament für ungültig erklärende Urtheil den Vermächtnißnehmern dann nicht entgegengesetzt werden kann, wenn der eingesetzte Erbe das Testament nicht oder nicht ernstlich vertheidigt hat. Dieser Satz enthält nur eine Ausnahme von einer Ausnahme von dem Satze, daß die Rechtskraft des Urtheils auf die Parteien beschränkt ist. — Ueber und gegen die Behauptung, daß die Vermächtnisse auch dann bestehen bleiben, wenn der eingesetzte Erbe sich durch beneficium abstinendi oder in integrum restitutio der Erbschaft entledige, s. l. 7 D. si quis om. causa 29. 4, l. 1 §. 4 D. ut in poss. 36. 4, l. 5 D. de cond. ind. 12. 6, und Francke a. a. O.

1. Die Vermächtnisse werden nicht berührt von der auf Grund der Nov. 115 eintretenden Ungültigkeit des Testaments[3].

2. In gleicher Weise bestehen die Vermächtnisse trotz der Hinfälligkeit der im Testament enthaltenen Erbeseinsetzung, wenn der Erblasser dieselbe durchstrichen hat in der Absicht daß der übrige Inhalt des Testamentes aufrecht bleiben solle[4].

3. [5]Nichterwerb der Erbschaft durch den eingesetzten Erben[6] schadet den Vermächtnissen dann nicht, wenn der Eingesetzte arglistigerweise zu dem Ende nicht erwirbt, um die Erbschaft frei von Vermächtnissen an sich oder einen Andern zu bringen[7]; trotz

---

S. 142 fg., Vangerow a. a. O. S. 500 fg., vgl. §. 595 Note 13. L. 22 D. de min. 4. 4 sagt nur, daß der Minderjährige die gezahlten Vermächtnisse nicht zu ersetzen brauche, nicht, daß sie von den Gläubigern nicht zurückgefordert werden können. — Vgl. noch §. 563 Note 8 a. E.

[3] S. §. 587 Note 6, §. 591 a. E.

[4] L. 2 D. de his quae in test. del. 28. 4. Die herrschende Meinung (vgl. im Besonderen Mühlenbruch Forts. von Glück XXXIX S. 90 fg.) versteht diese Stelle von einem Falle der Indignität, so daß der Fiscus eintrete und die Vermächtnisse gemäß der Indignitätsregel (§. 674 Note 5) trage. Aber dagegen spricht, daß die genannte Stelle hinter dem institutus den substitutus eintreten läßt. Und s. l. 2 §. 7 l. 8 §. 3 D. de B. P. c. t., und vgl. §. 673 Note 1.

[5] Dig. 29. 4 si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. — Mühlenbruch XLIII S. 449—479. Vangerow a. a. O. Anm. 2.

[6] Testamentum destitutum oder desertum, §. 563 Note 8. Ausschlagung der mehreren Eingesetzten: l. 18 pr. D. h. t.

[7] Nach einer Vorschrift des prätorischen Edicts. L. 1 pr. D. h. t. „Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur". L. 4 pr. §. 1 D. h. t.: „in necem legatoriarum"; „ob evertenda iudicia"; „in fraudem eorum, quibus quid relictum est". — Nichterwerb der Erbschaft: l. 1 §. 6. 7. 8 D. h. t.; l. 6 §. 9 l. 23 eod.; l. 1 §. 1—4 eod. Nichterwerb in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu beseitigen: l. 1 pr. D. h. t. (s. ob.), l. 1 §. 4 l. 4 pr. §. 1 l. 5 l. 6 pr. — §. 4 l. 17 l. 26 §. 1 D. h. t., l. 77 §. 31 D. de leg. II°. L. 17 D. h. t. cit. „Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii; nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt". L. 6 §. 3 D, h. t. cit.: „Non simpliciter autem praetor pollicitus est, se

des Nichterwerbs haftet in diesem Falle den Vermächtnissen derjenige, an welchen in Folge des Nichterwerbs die Erbschaft fällt, der Eingesetzte selbst[8] oder der Dritte[9]. Hat der Eingesetzte sich für den Nichterwerb zu Gunsten des Dritten bezahlen lassen, so haften Beide, der Dritte aber in erster Linie[10]. Ebenso haftet trotz des Nichterwerbs der Erbschaft der Vermächtnißnehmer, welcher, mit einem Vermächtnisse beschwert, den Erwerb der Erbschaft verhindert[11].

4. Nichterwerb der Erbschaft durch den eingesetzten Erben schadet den Vermächtnissen auch dann nicht, wenn in Folge des Nichterwerbs die Erbschaft an den Fiscus fällt[12].

C. Anfall und Erwerb des Vermächtnisses*.

1. Zeitpunkt und Bedeutung des Anfalls und des Erwerbs.

§. 642.

Das Vermächtniß fällt dem Bedachten an[1] (abgesehen von Ausnahmefällen, s. unten) sofort mit dem Tode des Erblassers[2], oder, wenn es ein bedingtes ist, mit dem Eintritt der

---

daturum actionem, sed causa cognita; nam sive invenerit, testatorem huius rei auctorem esse ipsumque permisisse ab intestato succedere, aut si qua alia iusta causa omittendi intervenerit, utique non dabit actionem in eum legatorum".

[8] L. 1 pr. §. 9 l. 6 §. 7 D. h. t.; l. 1 pr. §. 13—16 D. h. t., l. 1 §. 9 l. 30 D. h. t. Der Anspruch dauert nur so lange wie der Besitz, vorausgesetzt daß derselbe nicht arglistiger Weise aufgegeben ist, l. 1 §. 9—11 l. 6 §. 5. 6 vgl. l. 4 §. 3 D. h. t., geht aber mit dem Besitz auf die Erben über, l. 12 §. 1 D. h. t. Arglistige Nichterlangung des Besitzes steht dem Besitze gleich, l. 1 §. 12 D. h. t.

[9] L. 2 §. 1 l. 3 l. 4 pr. §. 1 l. 10 pr. D. h. t. Das in der vorigen Note Gesagte gilt auch für diesen Fall.

[10] L. 2 l. 3 l. 4 §. 1 l. 10 pr. D. h. t.

[11] L. 4 §. 2 D. h. t.

[12] L. 96 §. 1 D. de leg. I°. Vgl. §. 622 Note 5.

* Dig. 36. 2 quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. Cod. 6. 53 quando dies legati vel fideicommissi cedit. — Arndts RLex. VI S. 303—305. v. Crailsheim Arch. f. civ. Pr. XLVII. 21 (1864). Sintenis III §. 213, Brinz §. 221, Unger §. 62.

[1] Die Quellen sagen: dies legati (fideicommissi) cedit. Vgl. l. 213 D. de V. S. 50. 16. §. 642.

[2] L. 5 §. 1 D. h. t., l. un. §. 1. 5 C. de cad. toll. 6. 51 (vgl. Ulp. XXIV. 31).

Bedingung[3]. Mit dem Anfall ist aber dem Bedachten das Vermächtniß nicht auch sofort erworben, d. h. er hat nicht sofort das ihm durch das Vermächtniß gegebene Recht[4]; hierzu ist erforderlich, zwar nicht, wie bei der Erbschaft, Willenserklärung des Bedachten (§. 643), aber doch Erwerb der Erbschaft[5], und,

---

[3] L. 5 §. 2 D. h. t. Wahre und gültige Bedingung: l. 7 §. 5 l. 22 §. 1 D. h. t., l. 21 §. 1 eod., l. 107 D. de cond. 35. 1, vgl. I §. 87 Note 8; l. 5 §. 3. 4 D. h. t., l. 79 pr. D. de cond. 35. 1, vgl. I §. 87 Note 3. Eine wahre Bedingung ist auch die Bedingung des Wollens des Bedachten, weil der Anfall des Vermächtnisses an und für sich ohne den Willen des Vermächtnißnehmers erfolgt, l. 65 §. 1 D. de leg. I°, l. 69 D. de cond. 35. 1. Vgl. §. 635 Note 12. — Eine Befristung schiebt den Anfall des Vermächtnisses nicht hinaus, l. 5 §. 1 l. 21 pr. D. h. t., wenn sie nicht in Wirklichkeit eine Bedingung ist (dies incertus), s. I. §. 96[a] Note 5—7 und die das. cirtirten Quellenstellen und Schriftsteller, außerdem Mayer §. 40. 41. — Daß die Zuwendung an den Beschwerten eine bedingte ist, schiebt den Anfall eines seinerseits unbedingten Vermächtnisses nicht hinaus, l. 7 §. 1—3 l. 21 §. 1 D. h. t. Daher erfolgt namentlich der Anfall des dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisses sofort mit dem Tode des Erblassers, l. 1 l. 7 §. 4. 5 D. h. t.

[4] Der herrschende Sprachgebrauch bezeichnet mit dem Ausdruck Erwerb des Vermächtnisses das, was hier Anfall des Vermächtnisses genannt worden ist, und unterscheidet dann zwischen Erwerb des Vermächtnisses und Erwerb des vermachten Rechtes. Aber wenn man bedenkt, daß der Ausdruck Vermächtniß nur entweder die Vermächtnißverfügung bezeichnen kann oder das vermachte Recht, und daß von einem Erwerb der Vermächtnißverfügung nicht die Rede sein kann, so gelangt man nothwendigerweise zu dem Resultat, daß Erwerb des Vermächtnisses eben Erwerb des vermachten Rechtes ist. Es kann ferner nicht vom Erwerbe des Vermächtnisses gesprochen werden, so lange der Vermächtnißnehmer noch in der Lage ist, möglicherweise nichts zu erhalten. Wenn andererseits zuzugeben ist, daß der Ausdruck Anfall nach seinem Wortsinn nicht nothwendigerweise den Gegensatz gegen den Erwerb bezeichnet, so sind wir hier, wie so oft in der Lage, einen Ausdruck des Lebens zu einem technischen Ausdruck stempeln zu müssen, und Anfall der Erbschaft im Gegensatz zum Erwerb der Erbschaft ist Allen geläufig. Vgl. Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 115 fg., Brinz S. 948; dawider ohne triftige Gründe Bürkel Beiträge zur Lehre von Nießbrauch S. 125 Anm. 1. Vgl. noch Arndts §. 554 Anm. 1, Unger §. 62 Anm. 3. — Die Quellen sagen im Gegensatz zum dies cedens: dies legati (fideicommissi) venit, jedoch, so viel ich sehe, nur vom befristeten Vermächtniß.

[5] Die Quellen sagen zunächst, daß vor dem Erwerbe der Erbschaft das Vermächtniß nicht eingefordert werden könne, s. z. B. l. 7 pr. D. h. t. Aber

wenn das Vermächtniß ein befristetes ist, Herankommen des bezeichneten Zeitpunktes[6]. Die Bedeutung des Anfalls ist vielmehr nur die, daß er dem Bedachten eine nach dem Willen des Erblassers sichere Aussicht auf den künftigen Erwerb gibt, und damit das Vermächtniß in ein festes Verhältniß zu ihm bringt. Hierauf beruht es[7], daß nach der Zeit des Anfalls die Fähigkeit des Vermächtnißnehmers bedacht zu werden bemessen wird[8], daß der nach dem Anfall eintretende Tod des Vermächtnißnehmers dem Vermächtniß nicht schadet[9], so wie daß sich

---

daß der Vermächtnißnehmer vorher gar nicht Eigenthümer der vermachten Sache ist, dafür s. l. 7 §. 5 D. de dolo 4. 3, l. 15 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 69 pr. D. de leg. I°, l. 38 D. de leg. II°. Ebensowenig ist er vor dem Erwerbe der Erbschaft Forderungsberechtigter; wenn die Quellen sagen, daß mit dem dies cedens „petitio legati" auf den Vermächtnißnehmer übergehe (s. z. B. l. 2 l. 7 §. 3 D. h. t., l. 3 C. h. t.), so meinen sie damit die künftige, nicht die gegenwärtige petitio. Vgl. auch l. 65 §. 2. 3 D. de leg. II°, l. 68 §. 3 D. de leg. I°. — Mehrheit der Erben: v. Crailsheim a. a. O. S. 399 fg.

[6] Nur ist auch vor Herankommen des bezeichneten Zeitpnnkts die künftige Existenz des vermachten Rechtes sicher. L. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 1 §. 4 D. de cond. 35. 1 (vgl. I §. 96 Note 4). Daher l. 73 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „in diem relicta legata . . omnimodo deberi certum est", und l. 9 D. ut leg. 36. 3: — „deberi enim dicimus et quod die certa legatoria praestari oportet, licet dies nondum venerit". Auch ist von der Befristung des Vermächtnisses, d. h. des vermachten Rechtes, zu unterscheiden die Gewährung eines Ausstandes für das unbefristete. Vgl. I §. 96 Note 4. 5; auch E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 45 fg.

[7] Die Frage, ob der Anfall des Vermächtnisses den im Vermächtniß Substituirten ausschließt, ist Auslegungsfrage, aber im Princip zu bejahen. Vgl. §. 557 Note 7; l. 3 §. 1. 2 l. 10 §. 1 D. de adim. 34. 4, l. 25 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Zimmern Arch. f. civ. Pr. IX. 21, Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 207 fg.

[8] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; aber es ist nach Analogie des zu Note 9 und 10 Gesagten nicht zu bezweifeln. Vgl. §. 639 Note 3.

[9] L. 5 pr. D. h. t. „Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum". L. 7 D. h. t., l. 6 C. h. t., l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51, und viele andere Stellen. Diese Wirkung des Anfalls tritt unter den übrigen Wirkungen desselben in den Quellen ganz entschieden in den Vordergrund; s. namentlich Note 12.

nach der Zeit des Anfalls der Erwerb für den Gewalthaber bestimmt[10].

Nicht immer übrigens geht der Anfall des Vermächtnisses dem Erwerbe vorher. Er thut es nicht: a) wenn der berufene Erbe ein nothwendiger Erbe ist (§. 595)[11]; b) wenn die Bedingung des Vermächtnisses erst nach dem Antritt der Erbschaft erfüllt wird; c) wenn das vermachte Recht an die Person gebunden ist[12]; d) wenn die Vorschiebung des Anfalls vor den Erwerb dem Vermächtniß schädlich sein würde[13].

2. Annahme und Ausschlagung.

§. 643.

Das Vermächtniß wird dem Bedachten erworben ohne seinen Willen, ja ohne sein Wissen[1]. Aber es wird ihm nicht erworben gegen seinen Willen; er kann es ausschlagen, und wenn er es

---

[10] L. 5 §. 7 l. 14 §. 3 D. h. t., l. 18 D. de R. I. 50. 17, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46. Man darf nicht sagen, daß dieser Satz heutzutage ganz unpraktisch sei; denn s. II §. 525 Note 15.

[11] L. 68 §. 1 D. de leg. I°: — „tunc enim . . in unum concurrit, ut et heres exsistat et dies legati cedat . .".

[12] L. 2. 3. 5 §. 1 l. 7. 9 D. h. t., l. 1 §. 3. 4 D. quando dies ususfr. 7. 3. L. 3 D. h. t. cit. „Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit". S. auch die folgende Note a. E.

[13] Aus diesem Grunde läßt das römische Recht das Vermächtniß, welches einem im Testament freigelassenen oder vermachten Sclaven hinterlassen ist, erst mit dem Erbschaftsantritt anfallen. L. 7 §. 6 l. 8 D. h. t.: — „nam cum libertas non prius competat, quam adita hereditate, aequissimum visum est, nec legati diem ante cedere, alioquin inutile fieret legatum, si dies eius cessisset, antequam libertas competeret". Vgl. l. 86 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 13 pr. D. de opt. leg. 33. 5. Ja dieser Grund vermag sogar, wenn er mit dem Fall unter c zusammentrifft, den Anfall (und Erwerb) des Vermächtnisses noch über die Zeit des Antritts der Erbschaft hinauszuschieben. L. un. §. 2 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3, l. un. §. 6 C. de cad. toll. 6. 51.

§. 643. [1] L. 77 §. 3 D. de leg. II°. „Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat recte mandatur; nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur". L. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (Note 2).

ausschlägt, wird es so angesehen, als habe er das vermachte Recht nie gehabt[2]. Die Erklärung, das Vermächtniß annehmen zu wollen, hat also nur die Bedeutung, daß durch sie die

[2] So lehrten die Sabinianer, während die Ansicht der Proculianer dahin ging, daß die vermachte Sache bis zur Erklärung des Bedachten ohne Eigenthümer sei, und daß erst durch diese Erklärung rückwärts bestimmt werde, wem sie von Anfang an gehört habe. Gai. II. 195. 200. Daß, wie hier angenommen ist, in der Compilation die Ansicht der Sabinianer gebilligt sei, ist die herrschende Meinung. Für das Gegentheil hat sich neuerlich ausgesprochen namentlich Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 184 fg. 377, s. außerdem Pöschmann Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga (Lipsiae 1857) obs. 1 und dens. Studien zu Gajus Heft 2 (Leipzig 1860) Vorw., Dietzel Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 554, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 427. 435, [Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 476 fg.]; gegen diese neue Lehre Fitting Arch. f. civ. Pr. XLII S. 147—167, v. Crailsheim a. a. O. (§. 642) S. 370—390, Arndts §. 556 Anm. §. 560 Anm. 2, Unger §. 62 Anm. 2, Vangerow II §. 529. Gegen die neue Lehre spricht m. E. zwar nicht Alles, was man gegen sie geltend gemacht hat, aber doch in hinreichend entscheidender Weise: 1) daß die Proculianer auch lehrten, daß bei einem bedingten Vermächtniß der Zustand der Herrenlosigkeit der Sache bis zur Entscheidung über Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung fortdauere (Gai. II. 200), und hier ganz unzweifelhaft die gegentheilige Meinung recipirt ist, l. 66 D. de R. V. 6. 1, l. 11 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 12 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 9 §. 5 D. de pecul. 15. 1, l. 32 §. 1 D. de leg. II°, l. 29 §. 1 D. qui et a quib. 40. 9; 2) daß nach l. 16 §. 1 D. qui testam. 28. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 7 §. 8 C. de cur. fur. 5. 70 auch ein Wahnsinniger ein Vermächtniß erwerben kann (die genannten Stellen, wie Köppen will, bloß vom Anfall zu verstehen, ist Willkür)); 3) vor Allem aber l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. „Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emtorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet sua esse coeperat; ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat". Um die Aufnahme dieser Stelle mit Köppen für ein Versehen der Compilatoren erklären zu dürfen, müßte man deutliche Zeugnisse der Proculianischen Auffassung in der Compilation nachweisen können, und dieser Nachweis ist Köppen nicht gelungen. Noch das meiste Gewicht unter den von ihm angezogenen Stellen haben diejenigen, in welchen geleugnet wird, daß in der Ausschlagung eines Vermächtnisses eine Vermögensverminderung liege, l. 5 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 5 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 6 D. si quid in fraud. patr. 38. 5, l. 6 pr. §. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8; aber wenn nach Ausschlagung des Vermächtnisses es so gehalten wird, als hätte der Vermächtnißnehmer nie

rechtliche Möglichkeit, das Vermächtniß auszuschlagen, verloren wird.

Für die Gültigkeit der Annahme- und Ausschlagungserklärung gelten im Allgemeinen die gleichen Regeln, wie für die Gültigkeit der Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft[3]. Namentlich ist auch hier die Erklärung des Bedachten nicht bindend vor dem Anfall[4], und es schadet Mangel der Ueberzeugung von der Wirksamkeit der Erklärung[5], so wie Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung[6]. Endlich ist auch hier Annahme eines Theils Annahme des Ganzen[7].

---

gehabt, so vermindert er ja wirklich durch die Ausschlagung sein Vermögen nicht, und s. andererseits auch l. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9. L. 13 D. de cond. inst. 28. 7 will nur betonen, daß Annahmeerklärung vor erfüllter Bedingung wirkungslos sei (nicht das Recht zum Ausschlagen nehme); wenn es in l. 44 §. 1 D. de leg. I° heißt: „ubi legatarius non repudiavit, (res) retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est", so wird im princ. der Stelle ganz das Gleiche gesagt für das Verhältniß des Gewalthabers zu einer Sache des peculium castrense, wenn der Gewaltunterworfene stirbt, ohne über dieselbe verfügt zu haben; wenn l. 86 §. 1 D. de leg. I° sagt, daß das Rechtsverhältniß der vermachten Sache bis zur Erklärung des Vermächtnißnehmers „in suspenso" sei, so ist das ja wahr für das definitive Rechtsverhältniß; was endlich l. 38 §. 1 D. de leg. I° „nec confusas servitutes", „integra furti actio manebit") und l. 3 D. de serv. leg. 33. 3 („an viae legatum salvum esset") angeht, s. l. 57 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 21 §. 2 D. de inoff. 5. 2. (Vgl. über die Sabinianische Ansicht auch noch l. 81 §. 6 D. de leg. I°.)

[3] S. §. 596. 597. Doch kommt in Betracht, daß die Annahme eines Vermächtnisses nie eine Vermögensverminderung enthält. Vgl. Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 205 fg.

[4] Ja l. 45 §. 1 D. de leg. II° verlangt bei dem befristeten Vermächtniß zur Gültigkeit der Ausschlagung Herankommen des bezeichneten Zeitpunktes. Aber es ist schon I §. 96 Note 5 bemerkt worden, daß in dieser Entscheidung das letzte Wort des römischen Rechts nicht gefunden werden kann. In der That ist es nicht denkbar, daß auf ein Vermächtniß nicht sollte verzichtet werden können, nachdem es in ein so festes Verhältniß zum Vermächtnißnehmer getreten ist, daß es auf die Erben übergeht, dem Gewalthaber erworben wird, und abgetreten werden kann (l. 41 D. de cond. 35. 1, vgl. I §. 89 Note 10). [Scheurl Beiträge II. 2 S. 39.]

[5] L. 23 D. de A. v. O. H. 29. 2. „In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is, qui repudiat". Seuff. Arch. VII. 339.

[6] Köppen a. a. O. S. 213.

[7] L. 4. 6. 23. 58 D. de leg. II°. Vgl. l. 38 pr. D. de leg. I°.

3. Anwachsung bei Vermächtnissen*.

§. 644.

Wird ein Vermächtniß nicht erworben[1], so gereicht dieß, abgesehen von dem Fall, wo ein Substituirter vorhanden ist (§. 637), zum Vortheil des Beschwerten[2]. Ist aber Mehreren Einunddasselbe vermacht[3], so fällt, wenn Einer von ihnen nicht erwirbt, der Theil, welchen er erhalten haben würde, wenn er erworben hätte, an die Uebrigen, welche zum Erwerbe gelangen[4]; sein Theil wächst denselben an[5].

„Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest, heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet".

* M. S. Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten oder Fideicommissen S. 85 fg. (1855). K. A. Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Iulia et Papia (1837). Darüber Huschke in den krit. Jahrb. f. deutsche RW. 1838 S. 308—322. S. ferner: Francke Beiträge I S. 111 fg. (1828). Roßhirt Vermächtnisse I S. 598 fg. (1835). Witte RLex. I S. 313 fg. (1838). Dworzak Beiträge zur Lehre vom ius accrescendi, besonders bei Legaten, Haimerl's österr. VJSchr. VIII S. 1—91 (1861). Burchardi Jahrb. d. gem. R. V. 1 (1862). Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 420—446 (1864). Arndts Forts. von Glück XLVI S. 476—519 (1869). Vangerow II §. 547, Sintenis III S. 707—710, Unger §. 63.

[1] Gleichgültig, ob es wenigstens angefallen ist, oder ob auch kein Anfall stattgefunden hat. §. 644.

[2] L. 17 pr. l. 60 D. de leg. II°, l. un. §. 3. 4. 7. 8. 11 C. de cad. toll. 6. 51.

[3] Eineunddieselbe Sache, eineunddieselbe Summe oder Quantität, eineunddieselbe Arbeitsleistung ꝛc.

[4] §. 8 I. de leg. 2. 20. „Si eadem res duobus legata sit . . si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet".

[5] Die neuesten Bestimmungen des römischen Rechts über das Anwachsungsrecht enthält l. un. C. de caducis tollendis 6. 51 (a. 534, vgl. Const. *Dedit* §. 6). In dieser Constitution hob Justinian die Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea auf, durch welche das Anwachsungsrecht, abgesehen von dem Falle ursprünglicher Ungültigkeit der Vermächtnißverfügung, fast ganz verdrängt worden war (Gai. II. 206—208, Ulp. XVII. 2 XVIII. XXIV. 12. 13), ohne jedoch das frühere Recht vollständig wiederherzustellen (vgl. §. 604 Anm. 1). So hat er namentlich den Unterschied getilgt, welchen das ältere Recht in Betreff des Anwachsungsrechts zwischen den ver-

1. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen hat den gleichen Grund, wie das Anwachsungsrecht bei Erbschaften (§. 603. 604); es beruht auf dem Willen des Erblassers[6]. Wer Mehreren Ein- unddasselbe vermacht, vermacht deßwegen nicht weniger einem Jeden das Ganze, weil er es auch dem Andern vermacht; jeder erhält daher Soviel vom Ganzen, als der Andere ihm läßt[7]. Das Anwachsungsrecht ist daher auch bei Vermächtnissen nicht sowohl ein Anwachsungsrecht, als ein Nichtabwachsungsrecht[8].

2. Das Anwachsungsrecht tritt ein, mag der vermachte Gegenstand jedem der mehreren Bedachten besonders, oder mag er Allen zusammen vermacht worden sein[9]. Doch ist im Falle, wo

---

schiedenen Arten der Vermächtnisse machte, je nach dem sie ein dingliches Recht oder ein Forderungsrecht begründeten. Vgl. Note 9.

[6] Nur daß bei Erbschaften außer dem Willen des Erblassers auch der Wille des Gesetzes (§. 604 Num. 2) in Betracht kommt.

[7] L 80 D. de leg. III°. „Coniunctim . . legari hoc est . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri". L. 1 §. 3 D. de usufr. accr. 7. 2: — „cum non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum". L. 1 §. 4 l. 3 pr. eod., l. 34 §. 10 D. de leg. I°, vgl. auch l. 15 §. 18 D. de damno inf. 39. 2.

[8] Wenn es in l. 34 §. 10 D. de leg. I° von dem erwerbenden Mitvermächtnißnehmer heißt: „interim . . partem habebit", so ist dieses interim vom Gegensatz zum definitiven Zustand zu verstehen. Wenn der andere Vermächtnißnehmer nicht erwirbt, „recto accrevisse ei dominium videtur", l. 35 D. ad leg. Aq. 9. 2. — Justinian freilich hat dieses Verhältniß theilweise verkannt, und dieß ist auch nicht ohne praktische Folge geblieben. S. Note 14.

[9] §. 8 I. de leg. 2. 20. „Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim . ." (Note 4). L. 1 §. 3 i. f. D. de usufr. accr. 7. 2, l. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. In dem Falle, wo der Erblasser den Gegenstand jedem der Bedachten besonders vermacht hat, ist es ganz klar, daß er Jedem das Ganze hat geben wollen; aber dieser sein Wille ist nicht weniger vorhanden, wenn er den Gegenstand Allen zusammen vermacht hat. Wer eine Sache dem „A und B" vermacht, will für den Fall des Nichterwerbs des Einen entweder, daß der Andere nichts, oder daß er die Sache haben solle; denn vermacht hat er eben die Sache, nicht Theile der Sache. — Doch hat das ältere römische Recht dieser Willensauslegung nicht bei allen Arten der Vermächtnisse Raum gegeben, nicht nämlich bei denjenigen, durch welche nicht ein dingliches Recht, sondern nur eine Obligation begründet wurde (legatum per damnationem, legatum sinendi modo, fideicommissum). Gai. II. 205, Ulp. XXIV. 13, Vat. fr. §. 85. Denn durch ein solches Vermächtniß, nahm man an, ist eben nicht die Sache vermacht, welche eine sichtbare Einheit bildet, sondern eine Obligation, welche als

ein Gegenstand jedem der mehreren Bedachten besonders vermacht worden ist, zuzusehen, ob der Erblasser auch wirklich gewollt hat, daß ihn jeder, und nicht vielmehr, daß ihn nur der Letztgenannte erhalten solle; möglich ist es auch, daß der Erblasser jedem Bedachten das Ganze in dem Sinne hat zuwenden wollen, daß der Eine den vermachten Gegenstand selbst, der Andere seinen Werth erhalten solle[10]. Hat der Erblasser einen Gegenstand Einigen zusammen, einem Andern besonders vermacht, so haben die Ersten unter sich ein vorzugsweises Anwachsungsrecht[11]. Kein Anwachsungsrecht findet Statt unter denjenigen, denen bloß zusammen, aber nicht Einunddasselbe vermacht ist[12], und dieser Fall liegt im Zweifel auch dann vor, wenn Mehreren zusammen derselbe Gegenstand je zu einem bestimmten Theil vermacht ist[13].

---

gedachtes Ding der Spaltung in verschiedene für sich bestehende Obligationen keinen Widerstand leistet. Vgl. II §. 292, und über die verschiedenen Auffassungen Francke S. 115, Mayer S. 90 fg., Schneider S. 52 fg., Huschke S. 309 fg., Dworzak S. 23 fg., Arndts S. 483 fg., auch Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 253 fg. Justinian hat, wie bereits bemerkt (Note 5), diese verschiedene Behandlung der Obligationsvermächtnisse beseitigt; doch sind in der Compilation nicht alle Spuren des früheren Rechts getilgt. L. 16 pr. l. 34 §. 9 l. 84 §. 8 D. de leg. I°, l. 7 D. de leg. II°, l. 38 §. 2 D. de leg. III°. Vgl. Seuff. Arch. III. 83. — Was die Ausdrucksweise der Quellen angeht, so findet sich neben dem Sprachgebrauch, welcher unter „coniunctim legare" ein Vermachen in verbundener Rede versteht (s. oben), ein anderer, welcher die coniunctio auf die Identität des vermachten Gegenstandes bezieht, re coniunctio im Gegensatz der verbis coniunctio. S. z. B. l. 80 D. de leg. III° (Note 7), l. 20 D. de leg. II°, l. 1 pr. D. de usufr. accr. 7. 2, und vgl. l. 142 D. de V. S. 50. 16 und oben §. 604 Note 2.

[10] S. §. 625 Note 7.

[11] L. 34 pr. i. f. D. de leg. I°: — „si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur". L. 1 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2.

[12] Bloße verbis coniuncti haben kein Anwachsungsrecht. Dieser Satz folgt aus dem Wesen des Anwachsungsrechts.

[13] Denn dann ist die nächstliegende Auslegung der Vermächtnißverfügung die, daß ihnen eben nicht Einunddasselbe vermacht ist, sondern Jedem etwas Besonderes, sein Theil; ein Gegenstand zu einem Theil ist nichts Anderes, als ein Theil des Gegenstandes. Anders nur dann, wenn der Erblasser in der That nicht jedem seinen Theil, sondern den Gegenstand hat vermachen wollen, und die Theilbezeichnung bloß in dem Sinne zugefügt hat, um das Theilungsverhältniß zu bezeichnen für den Fall, daß es zur Theilung

3. Wenn der Umstand, ob Einundasselbe Mehreren zusammen, oder ob es jedem der Mehreren besonders vermacht ist, gleichgültig ist für das Ob des Anwachsungsrechts, so ist er nicht gleichgültig für das Wie des Anwachsungsrechts. Denjenigen nämlich, welchen Einunddasselbe zusammen vermacht worden ist, wächst nur an mit ihrem Willen, denjenigen dagegen, welchen jedem besonders vermacht worden ist, auch gegen ihren Willen[14]. Da-

kommen sollte. Es kann der Erblasser dieß gewollt haben, vgl. l. 15 §. 1 l. 16 §. 2 D. de leg. I°, l. 5 §. 1 l. 6. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5; aber im Zweifel darf nicht angenommen werden, daß er es gewollt habe. So entscheidet l. 11 D. de usufr. accr. 7. 2, daß kein Anwachsungsrecht stattfinde, „si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset"; s. auch l. 20 D. de leg. II°. Die entgegengesetzte Entscheidung gibt zwar l. 89 D. de leg. III° („*Titio et Seio fundum aequis portionibus do lego*"). Aber diese Stelle ist durch ein Versehen der Compilatoren aufgenommen worden; sie enthält das Recht der lex Iulia et Papia Poppaea, welche das Nichterworbene an den Fiscus fallen ließ, vor dem Fiscus aber an die im Testament Bedachten, welche Kinder hatten, und zwar zuerst an die Erben, dann an die Vermächtnißnehmer, vor den Erben aber an den collegatarius coniunctus; hier verstand man die coniunctio auch von der bloßen verbis coniuuctio (denn daß nur eine solche in dem bezeichneten Falle vorliege, erkennt auch die citirte Stelle an). Vgl. Gai. II. 207. 208. Vangerow II §. 547 Anm. Nr. 1 und die das. Citirten. Ebensowenig läßt sich ein Anwachsungsrecht derjenigen, welchen ein Gegenstand zusammen mit Theilbezeichnung hinterlassen worden ist, auf l. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51 gründen, wie das thun Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. VI S. 426, Mayer S. 215 fg., Witte S. 319 fg., Huschke S. 327 fg., Burchardi S. 14 fg.; s. dagegen Dworzak S. 42 fg. 73 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 2, und die von Diesen Citirten, namentlich auch Unger §. 63 Anm. 3. 5. L. un. §. 11 cit. hat nach meiner Meinung an den Fall, wo Mehreren ein Gegenstand mit Theilbezeichnung hinterlassen worden ist, gar nicht gedacht: wie hätte sie sonst vorschreiben können, daß der ausfallende Theil den Uebrigen „pro virili portione" anwachsen solle? Theilung ist doch nicht nothwendig Theilung in gleiche Theile. Vgl. noch §. 604 Note 3. — Ueber l. 41 pr. D. de leg. II° s. Baumeister Anwachsungsrecht unter Miterben S. 235 fg., Roßhirt I S. 609 fg., Huschke S. 312. 313, Dworzak S. 78 fg., Unger §. 63 Anm. 5. Die richtige Erklärung dieser Stelle läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechts enthält (obgleich sie diesen Namen gebraucht, aber s. §. 603 Note 2, l. 10 D. de usufr. accr. 7. 2), sondern für den Fall, wo Mehr als das Ganze vermacht ist, den Theilungsnenner bestimmt (vgl. §. 552 Note 11). — Seuff. Arch. II. 211, XIV. 104.

[14] So bestimmte Justinian in l. un. §. 11 cit., während nach älterem Recht die Anwachsung immer mit rechtlicher Nothwendigkeit eintrat. Vgl.

für tragen die Letzteren nicht die dem ausfallenden Vermächtnißnehmer auferlegten Lasten, wohl die Ersteren[15].

übrigens Schneider S. 257 fg., und dagegen Huschke S. 331. Unger §. 64 Note 4 sieht in dieser Bestimmung Justinians eine „feine" Unterscheidung; ich kann darin nur eine Verkennung des Wesens des Anwachsungsrechtes erblicken. Justinian denkt das Verhältniß sich offenbar so, daß der Erblasser jedem der mehreren re et verbis coniuncti zunächst einen Theil gebe, eventuell aber, durch eine zweite Verfügung, auch den Theil des Mitvermächtnißnehmers, so daß jeder als auf den Theil des Andern substituirt erscheint. Aber eine solche Substitution ist in der Verfügung des Erblassers nicht enthalten; vielmehr beruht der Anspruch eines Jeden auf den Theil des Genossen lediglich darauf, daß auch ihm das Ganze vermacht worden ist. Bei der Erbschaft (§. 10 eod.) hat Justinian dieß auch vollkommen richtig erkannt und sogar in sehr prägnanter Weise ausgesprochen: „quia coniuncti.. propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt, et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant".

[15] L. un §. 11 cit. Vgl. l. 54 §. 1 D. de cond. 35. 1. Die herrschende Meinung läßt auch die Ersteren (die re et verbis coniuncti) nicht haften in dem Fall, wo die Verfügung zu Gunsten der Mitvermächtnißnehmer von Anfang an ungültig ist, auf Grund von l. un. §. 3 eod. Aber schon §. 603 Note 12 ist einer abweichenden Auffassung dieser Stelle gedacht worden, welche von Francke Beiträge S. 121 vertreten wird. Nach dieser Auffassung bezieht sich l. un. §. 3 cit. gar nicht auf das Anwachsungsrecht, sondern lediglich auf den Fall, wo ein belastetes Vermächtniß dem Beschwerten bleibt. Gegen Francke haben sich die a. a. O. angeführten Schriftsteller ausgesprochen; aber nach wiederholter Prüfung bin ich der Ansicht, daß für die Francke'sche Ansicht nicht bloß gute, sondern überwiegende Gründe sprechen. Wie konnte Justinian in §. 10 dem heres coniunctus ohne alle Beschränkung die Lasten der anwachsenden Portion auferlegen, wenn er vorher für einen bestimmten Fall das Gegentheil verordnet hatte? Justinian, welcher in §. 3 cit. ausdrücklich erklärt, daß er nur das ältere Recht bestätige, nennt neben dem coniunctus auch den substitutus, davon aber, daß dieser für die seinem Vorgänger auferlegten Lasten bei anfänglicher Ungültigkeit der Verfügung zu Gunsten des Vorgängers nicht gehaftet habe, ist nichts bekannt, l. 74 D. de leg. I°, l. 61 §. 1 l. 77 §. 15 D. de leg. II°, l. 4 C. ad SC. Treb. 6. 49; und s. auch, was das Anwachsungsrecht selbst angeht, l. 49 §. 4 D. de leg. II°. Ferner beziehen sich die Ausnahmen des älteren Rechts, auf welche Justinian hinweist (l. 5 D. de his quae pro non scr. 34. 8, l. 14 §. 2 D. de leg. Corn. de fals. 48. 10, l. 26 §. 6 D. de fideic. lib. 40. 5) lediglich auf den Fall, wo ein Vermächtniß dem Belasteten bleibt. Es werden daher in der That mit Francke in §. 3 cit. die Worte: „nisi vacuatis vel substitutus suppositus vel coniunctus fuerat aggregatus, tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant" als Parenthese zu fassen sein. Justinian spricht in seiner ganzen Constitution bis §. 10 von dem

4. Das Anwachsungsrecht setzt nicht voraus, daß derjenige, welchem anwachsen soll, den Anwachsungsfall erlebe[16].

§. 645.

Eine besondere Gestaltung nimmt das Anwachsungsrecht beim Nießbrauch an[1]. Da der Nießbrauch ein nicht auf Dauer berechnetes Recht ist, so wächst er an auch nach dem Erwerbe, wenn er hinterher wieder verloren wird[2], und er wird für das Anwachsungsrecht verloren auch nach seiner Vereinigung mit dem Eigenthum aus denselben Gründen, aus welchen er verloren worden sein würde, wenn er selbständig geblieben wäre[3]. Daß

---

substitutus und dem coniunctus nur nebenbei; erst in §. 10 und 11 geht er dazu über, das Verhältniß des coniunctus näher zu bestimmen.

[16] L. 26 §. 1 D. de cond. 35. 1. Justinian hätte für den Fall der re et verbis coniunctio bei seiner Auffassung dieses Falles (Note 14) eigentlich das Gegentheil bestimmen sollen. Er hat es aber nicht gethan, und ich halte es für unzulässig, ihm diese Bestimmung auf dem Wege einer Entwickelung seines Gedankens zu octroyiren.

§. 645. [1] Dig. 7. 2. de usufructu accrescendo. — Glück IX S. 263 fg. (1808). H. Heimsoeth Diss. de usufructu accrescendo ex iure Romano (1831). Roßhirt Verm. I S. 616 fg. (1835). Schneider Anwachsungsrecht bei Legaten (§. 644*) S. 283 fg. Witte RLex. I S. 231 fg. (1838). Elvers die römische Servitutenlehre S. 727 fg. (1856). Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 177 fg. (1864). Schlayer Arch. f. civ. Pr. LI. 18 (1868). Vangerow II §. 354, Unger §. 71 Note 5.

[2] L. 1 §. 3 D. h. t.: — „in usufructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius accrescendi admittit". — Der im Text angegebene Grund dieses Satzes ist in den Quellen zu der Auffassung zugespitzt, daß der Nießbrauch nicht, einmal erzeugt, durch sich selbst bestehe, sondern daß er fortwährend und in jedem Momente neu erzeugt werde. In der soeben citirten Stelle heißt es weiter: Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum". S. auch l. 1 pr. D. quando ususfr. 7. 3. Vgl. über die verschiedenen Weisen, wie man sich diesen Satz zurechtzulegen gesucht hat, Schneider S. 285 fg. und die das. Citirten; aus der neueren Zeit Elvers S. 730 fg., Baron S. 178 fg., Vangerow S. 536, Unger a. a. O.

[3] L. 3 §. 2 l. 6 pr. D. h. t. L. 3 §. 2 cit.: — „et ipse quibus modus amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet". In den Vaticanischen Fragmenten (§. 83) lautet die Stelle: — „et ipse, quibus

derjenige, welchem anwachsen soll, seinen Theil des Nießbrauchs nicht verloren habe, ist Voraussetzung des Anwachsungsrechtes nicht[4].

---

modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor subsecutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario, et ita Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius putat: quamquam Iulianus lib. XXXV. Digestorum scribat, ipsi quidem ius accrescendi (competere, non vero fructuario ab eo).

[4] L. 10 D. h. t. „Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam sed amittenti accrescit . .“. Dieß wird auch so ausgedrückt: „ususfructus non portioni sed homini accrescit“, l. 14 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Ueber die schwierige l. 10 D. h. t. cit. vgl. im Uebrigen die (Inaugural)-Abhandlung von K. Witte in dessen Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Rechts Nr. I (1817), ferner Keller Litiscontestation und Urtheil S. 177 fg., und von den oben citirten Schriftstellern Glück S. 287 fg., Heimsoeth p. 22 sqq., Roßhirt S. 620, Schneider S. 295, Witte (RLex.) S. 324 Note 256, Elvers S. 733. Ueber l. 33 §. 1 D. de usufr. cit. s. Glück IX S. 286. XVI S. 348, Keller a. a. O. S. 278 fg., Schneider S. 292 fg., Windscheid die Actio ꝛc. S. 98 fg., Vangerow I §. 173 S. 283. — Die herrschende Meinung fügt dem Satze, daß auch demjenigen anwachse, welcher seinen Theil verloren habe, die Beschränkung hinzu, daß derselbe durch Anwachsung nicht auch den verlorenen Theil selbst zurückerlangen könne, unter Berufung auf l. 3 §. 2 D. quib. mod. ususfr. 7. 4: — „neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere; placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo quod amittit nihil accrescere“. Gegen diese Beschränkung hat sich Schlayer in dem oben citirten Aufsatz erklärt, und, wie ich glaube, mit Recht. Denn die Vergleichung mit Vat. fr. §. 75. 76 läßt kaum einen Zweifel daran übrig, daß die oben citirten Worte den Rückerwerb des Nießbrauchs leugnen wollen nicht für den Fall des Wegfalls des Mitvermächtnißnehmers, sondern eben für den Fall des Verlustes durch den Vermächtnißnehmer selbst. Eine rücksichtslose Ausbeutung des Satzes nämlich: ususfructus quotidie constituitur (Note 2) mußte zu dem Resultate führen, daß der Nießbrauch eigentlich gar nicht verloren werden könne und, so wunderbar es klingt, wir lernen aus Vat. fr. §. 75, daß in der römischen Jurisprudenz sogar die Meinung vertreten war (Sabinus): „eum, qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem, et ipso momento recipere“, welche Meinung denn freilich von Celsus für eine thörichte (stolida) erklärt wurde. Hiernach ist der Sinn der l. 3 §. 2 cit. folgendermaßen zu bestimmen: derjenige, welchem ein Nießbrauch mit einem Andern zusammen, und dem zugleich für den Fall des Verlustes seines Theils dieser Theil wiederholt vermacht ist, concurrirt nach dem Verlust mit dem Mitvermächtnißnehmer für einen Theil (den ihm durch das zweite Vermächtniß zurückgegebenen Theil), und nicht für das Ganze, und danach bemißt sich auch das

F. Recht des erworbenen Vermächtnisses.

1. Rechte des Vermächtnißnehmers.

a. Dingliches Recht.

§. 646.

Das Vermächtniß gibt dem Bedachten jedenfalls ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten (§. 647 fg.). Unter Umständen gibt es ihm auch ein dingliches Recht an der vermachten Sache.

1. Der dingliche Rechtserwerb tritt ein unabhängig von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken[1], und nur dann nicht, wenn der Erblasser ihn bestimmt ausgeschlossen hat[2].

Anwachsungsrecht; denn das darf nicht gesagt werden, daß der Verlust des Nießbrauchs gar keine Aenderung hervorbringe, als wenn der Nießbraucher im Momente des Verlustes in seine frühere Stellung wieder einträte. Dabei ist es ein nahe liegender Gedanke, daß die Worte „etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere", welche gleich darauf in unerträglicher Weise wiederholt werden, ein aus eben diesem Folgenden entlehntes Glossem sind, und daß demnach statt „resumit" zu lesen ist „resumere". Die Worte „ex eo quod amittit" sind dann zu erklären: auf Grund davon daß er verliert. Wenn gefragt wird, warum die Stelle nicht aus dem ersten Vermächtniß Anwachsung auf das Ganze eintreten lasse, so bietet sich eine doppelte Antwort dar; man kann zuerst sagen, daß durch das zweite Vermächtniß das erste entkräftet sei, und sodann ist zu bemerken, daß die Stelle von Verlust des Nießbrauchs durch capitis diminutio handelt (§. 1 eod.), und daß es begreiflich ist, wenn man annahm, daß die capitis diminutio, wie der Tod selbst, nicht bloß den vermachten Nießbrauch zerstöre, sondern das Nießbrauchsvermächtniß selbst (die in dem Vermächtniß des Nießbrauchs fortwirkende Kraft). Vgl. Vat. fr. §. 61, l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, ferner die im Anfang dieser Note citirte l. 10 D. h. t. („*interdum*") und s. Schneider S. 291, Schlayer S. 346. Im Uebrigen gehen die Meinungen über den wahren Sinn der l. 3 §. 2 cit. in bunter Manichfaltigkeit auseinander. Vgl. Glück IX S. 294 fg., Heimsoeth p. 45 sqq., Roßhirt S. 613 fg., Baron S. 183 fg., Vangerow II §. 554 Anm. 1 Nr. III, Schlayer S. 339 fg.

§. 646. [1] So nach der Bestimmung Justinian's in l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, s. auch l. 2 eod., §. 2 I. de leg 2. 20. Im älteren Recht kam es allerdings auf die vom Erblasser gebrauchten Ausdrücke an, und so gab das fideicommissum nie, das legatum nur in gewissen Formen (legatum per vindicationem, per praeceptionem) ein dingliches Recht. Gai. II. 193. 194. 201. 204. 209. 213. 216. 221. 222. Mayer §. 7. — Gegen die Meinung Marezoll's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 290 fg., daß Justinian in l. 1

2. Der dingliche Rechtserwerb tritt aber nur dann ein, wenn die vermachte Sache eine eigene des Erblassers ist[3]. Auch an Sachen des Erben vermag der Erblasser ein dingliches Recht nicht zu begründen[4].

b. Forderungsrecht aus dem Vermächtniß*.

§. 647.

Auch das Forderungsrecht aus dem Vermächtniß[1] ist unabhängig von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken[2], und

---

cit. nicht sowohl Eigenthum gewährt habe, als vielmehr nur eine rei vindicatio utilis im Sinne eines auch gegen dritte Besitzer durchzusetzenden Forderungsrechts, s. namentlich Arndts Forts. von Glück XLVI. S. 59 fg. (RLex. VI S. 310).

[2] L. 1 C. cit. — „Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius voluntate praefatas etiam actiones contra res testatoris esse restituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat". Also kommt es jedenfalls auf den Willen des Erblassers an.

[3] Justinian denkt nur an diesen Fall, und schließt daher auch den entgegengesetzten nicht ausdrücklich aus. Im älteren Recht war zur Gültigkeit des Vindicationslegats, wenn es auf nicht fungible Sachen gerichtet war, Eigenthum des Erblassers nicht bloß zur Zeit des Todes, sondern auch zur Zeit der Errichtung des Testaments erforderlich. Dieß gilt nach neuestem Recht nicht mehr. Arndts RLex. VI S. 309 Anm. 253 S. 328. Forts. von Glück XLVI S. 121. Vgl. §. 654 Note 15.

[4] Justinian denkt an diesen Fall so wenig, wie an den Fall, wo die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten steht, und von selbst versteht sich die Befugniß, über Sachen des Beschwerten zu verfügen, nicht. Vgl. l. 9 C. de test. man. 7. 2. Für den Fall, wo der Beschwerte ein Vermächtnißnehmer ist, wird sogar ausdrücklich in l. 1 C. cit. die in rem actio auf die Sachen beschränkt, „quas a testatore consecutus est". S. auch in der oben Note 2 citirten Stelle die Worte „contra res testatoris". Marezoll a. a. O. S. 299 fg. will die utilis rei vindicatio, welche er in der l. 1 C. cit. findet, auch im Falle des Vermächtnisses von Sachen des Beschwerten gewähren, und selbst bei vermachten fremden Sachen, nachdem der Beschwerte dieselben erworben habe. Dagegen Arndts an den in Note 1 bezeichneten Stellen. Vangerow II §. 531, Dernburg Pfandrecht I S. 288, Köppen Jahrb. f. Dogm. V S. 201.

*Vgl. noch Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 503—516. §. 647.

[1] Es ist eine obligatio quasi ex contractu, §. 5 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27, l. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 3. i. f. D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

[2] So nach Justinian's Bestimmung in l. 1 C. comm. de leg. 6. 43.

tritt daher in allen Fällen ein[3]. Dasselbe geht im Allgemeinen auf Erfüllung des Vermächtnisses, d. h. auf eine solche Leistung, wie sie zur Ausführung des Willens des Erblassers erforderlich ist[4]; jedoch darf der Beschwerte sich mit dem Geldwerth der Leistung lösen, wenn die Beschaffung der Leistung selbst ohne schreiende Unbilligkeit von ihm nicht gefordert werden kann[5]. —

Früher hing die actio in personam nicht minder von den vom Erblasser gebrauchten Ausdrücken ab, wie die actio in rem, und trat daher nur beim legatum per damnationem und sinendi modo und beim fideicommissum ein. Gai. II. 204. 213, Paul. S. R. IV. 1 §. 18. Es konnten aber die verschiedenen Vermächtnißformen mit einander verbunden werden, s. z. B. l. 28 §. 2 D. de lib. leg. 34. 3, l. 30 pr. §. 4 D. de adim. 34. 4, und ein ungültiges Vindications- und Präceptionslegat wurde als Damnationslegat aufrechterhalten. Gai. II. 197. 218, Ulp. XXIV. 11ª. Vgl. Mayer §. 5. 7 lit. b, Arndts Forts. von Glück XLVI S. 36 fg. 54 fg. — Früher hing auch die Natur der aus dem Vermächtniß entstehenden actio in personam von der vom Erblasser gebrauchten Ausdrucksweise ab; diese actio gewährte je nach den Ausdrücken, in welchen das Vermächtniß angeordnet war, dem Richter größere oder geringere Freiheit. Vgl. Gai. II. 280, l. 5 §. 4 l. 6 D. de in lit. iur. 12. 3, l. 9 §. 1 D. de R. C. 12. 1. Auch dieß hat Justinian aufgehoben, l. 2 C. comm. de leg. 6. 43. Vgl. übrigens Note 4 und I §. 46.

[3] Auch wenn eine eigene Sache des Erblassers vermacht worden ist. Ein Forderungsrecht des Vermächtnißnehmers hat in diesem Fall so wenig etwas Auffallendes, wie z. B. die actio commodati des Eigenthümers.

[4] Wobei der Auslegung des Richters vollkommen freie Hand gegeben ist, und so schon nach römischem Recht auch beim legatum, wenngleich die actio personalis aus dem legatum eine condictio war (l. 5 §. 4 l. 6 D. de in lit. iur. 12. 3, l. 9 §. 1 D. de R. C. 12. 1). Vgl. l. 44 §. 9 D. de leg. I°. „Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit; sed heres cogitur redimere aditum et praestare". L. 39 pr. l. 116 §. 4 D. eod. Vgl. II §. 364 Note 2.

[5] L. 71 §. 3. 4 D. de leg. I°. „Qui confitetur se quidem debere, iustam autem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est, utputa si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere vel immensum pretium eius rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum enim est concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare. §. 4. Cum alicui poculum legatum esset, velletque heres aestimationem praestare, quia iniquum esse aiebat id separari a se, non impetravit id a praetore. Alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum; in hominibus enim benigna ratione receptum

Ist die Leistung dem Beschwerten unmöglich, so haftet er der Regel gemäß dem Bedachten dann, und zwar auf Ersatz des Interesse, wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld eingetreten ist[6]. Schuld ist auch gewöhnlich Nachlässigkeit, vorausgesetzt daß nicht dem Beschwerten nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil mehr übrig bleibt[7]. Auch ohne Schuld haftet der Beschwerte: a) der Regel gemäß, wenn die Unmöglichkeit schon anfänglich vorhanden war und eine bloß relative ist, während die anfängliche objective Unmöglichkeit eine Verpflichtung des Beschwerten gar nicht entstehen läßt[8] — vorbehaltlich jedoch in der einen und der anderen Beziehung eines entgegengesetzten, ausdrücklich erklärten oder durch Auslegung festzustellenden, Willens des Erblassers[9]; b) nach einer für Vermächtnisse geltenden Ausnahme dann, wenn die Unmöglichkeit durch die freie Handlung des Beschwerten herbeigeführt worden ist[10]. Der Beschwerte haftet aber in beiden Fällen nur auf den Sachwerth, nicht auf das Interesse des Bedachten[11]. Im Falle, wo der Bedachte die vermachte Sache

---

est, quod supra probavimus". L. 14 §. 2 D. de leg. III°, l. 61 D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. l. 31 §. 4 D. de fideic. lib. 40. 5. Sachwerth, nicht Interesse: s. namentlich l. 14 §. 2 cit., l. 61 cit.

[6] L. 26 §. 1 l. 47 §. 2. 4 l. 59 D. de leg. I°.

[7] L. 47 §. 4. 5 l. 108 §. 12 D. de leg. I°. L. 108 §. 12 cit. „Cum quid tibi legatum fideive (fideique?) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit". Vgl. noch l. 53 §. 3—8 D. de leg. I°.

[8] Unter anfänglicher Unmöglichkeit ist hier zu verstehen eine Unmöglichkeit, welche schon vorhanden ist zur Zeit, wo die Verhaftung des Beschwerten aus dem Vermächtniß beginnt, und diese Verhaftung tritt unter allen Umständen mit dem Erwerb der Erbschaft ein, auch dann, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder ein befristetes ist. S. I §. 89. 96 und III §. 639 Num. 3.

[9] S. §. 634 Note 4—7.

[10] §. 16 I. de leg. 2. 20, l. 112 §. 1 D. de leg. I°, l. 63 D. de leg. II°, l. 25 §. 2. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 91 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I S. 253—254.

[11] Dieß ist unzweifelhaft für den ersten Fall. L. 71 §. 3 D. de leg. I°, l. 14 §. 2 D. de leg. III°; l. 49 §. 3 D. de leg. I°. Nicht unzweifelhaft ist es für den zweiten Fall. Daß in diesem Fall das Interesse geleistet werden müsse, behauptet Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht II S. 96, welchem ich selbst beigestimmt habe Heid. krit. Zeitschr. II S. 535. Der Zweifelsgrund liegt weniger in l. 63 D. de leg. II°, wo das unbestimmte „in-

anderweitig erworben hat, haftet der Beschwerte, wieder der Regel gemäß, auf Ersatz der mit diesem Erwerb verbunden gewesenen Opfer[12]. — Auf Früchte und Zinsen[13] geht die Vermächtnißforderung nicht[14], wenn der Erblasser dieß nicht ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet hat[15]. Nur bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken müssen Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes des Erblassers an entrichtet werden, wenn der Beschwerte nicht binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung des Testaments das Vermächtniß freiwillig erfüllt[16]. Bei diesen Vermächtnissen trifft außerdem den Beschwerten die Strafe des Doppelten, wenn er es zur Klage kommen läßt[17].

---

demnitas" sich einer Beziehung auf den Sachwerth nicht verschließt, als in l. 25 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Aber wird hier wirklich die Verpflichtung zur Leistung des Interesse auferlegt, und ist nicht vielmehr die Thatsache, daß ein Sclave zum Erben eingesetzt ist, eine werthsteigernde Eigenschaft desselben? Vgl. auch l. 89 §. 7 D. de leg. II°, wo vom Erben nur die Bereicherung, und l. 53 §. 7 D. de leg. I°, wo, in einem allerdings besonderen Falle, von ihm der Werth der Sache nur unter der Voraussetzung verlangt wird, daß derselbe in der Erbschaft vorhanden ist. (Diese Stelle kommt textlich in Ordnung, wenn man da, wo die Worte: ex testamento non tenebitur zum zweiten Fall vorkommen, ex testamento streicht. Anders emendirt Mommsen in seiner Ausgabe.)

[12] S. II §. 360 Num. 3, und vgl. §. 639 Note 5.

[13] Mommsen Erörterungen I S. 36—41. Hoffmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 3 (1845).

[14] Die Vermächtnißforderung als solche, abgesehen von Verzug und Streitbeginn. [L. 8 D. de usur. 22. 1, l. 23 D. de leg. I°, l. 26 D. de leg. III°, l. 24 §. 2 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 18 pr. §. 2 l. 22 §. 2 l. 27 §. 1 D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 1. 4 C. de usur. et fruct. 6. 47. Auf den Fall des Verzugs bezieht sich auch, wie der Schluß zeigt, l. 39 §. 1 D. de leg. I°. — An dieser Regel wird auch dadurch nichts geändert, daß der Vermächtnißnehmer sofort Eigenthümer der vermachten Sache wird. Wenigstens wüßte ich nicht, wie anders zu erklären wäre l. 4 C. de usur. et fruct. 6. 47. „In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur". Dabei bloß an die in rem missio des Fideicommissars (l. 1 l. 3 §. 2 D. comm. de leg. 6. 43, Paul. S. R. IV. 1 §. 15) zu denken, ist doch mit dem allgemeinen Ausdruck der Stelle zu schwer vereinbar.

[15] L. 18 pr. l. 63 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 44 §. 1 eod.; l. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1, l. 43 §. 2 D. de leg. II°, l. 21 §. 2 D. de ann. 33. 1, l. 2 §. 1 D. de dote prael. 33. 4, l. 32 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[16] Nov. 131 c. 12.

[17] S. II §. 263 Note 1. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 76 fg.

§. 648.

Gesichert ist die Vermächtnißforderung:

1. durch ein gesetzliches Pfandrecht an Allem, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat[1]. Jedoch gilt dieser Satz nicht für das Erbschaftsvermächtniß, abgesehen von einem besonderen Fall[2].

2. [3]Ist das Vermächtniß bedingt oder befristet[4] oder bestritten[5], so kann der Vermächtnißnehmer von dem Beschwerten[6] Sicherheitsleistung durch Bürgschaftsbestellung[7], und, wenn diese nicht gewährt wird, Einweisung in den Besitz dessen, was der Beschwerte von der Erbschaft in Händen hat, verlangen[8], durch

---

[1] L. 1. 2 C. comm. de leg. 6. 43. S. I §. 231 Num. 5. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. V. 7. Dernburg Pfandrecht I §. 40. §. 648.

[2] Der besondere Fall ist der Fall des fideicommissum eius quod superest. Nov. 108 c. 2.

[3] Dig. 36. 3 ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 4 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa esse liceat. Cod. 6. 54 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa mittatur et quando satisdari debeat. — Bachofen Pfandrecht S. 303—326. Keller Institutionen S. 333—340.

[4] L. 1 pr. §. 14 l. 5 §. 2 l. 14 pr. D. ut leg., l. 8 C. ut in poss., l. 96 §. 3 D. de leg. I°; l. 14 pr. l. 15 pr. D. ut leg. Vgl. l. 3 pr. D. ut in poss.; l. 1 §. 9 D. ut leg.; l. 9 pr. D. ut in poss. (Bachofen S. 322).

[5] L. 14 pr. l. 15 pr. D. ut leg., l. 1 §. 3 D. eod. S. auch l. 1 §. 4 l. 2 ut in poss. und dazu Dedekind das ius deliberandi (Braunschweig 1870) S. 35 fg.

[6] L. 5 §. 13 D. ut in poss., l. 1 §. 8 D. ut leg.; l. 13 D. ut leg., l. 1 §. 7 l. 4 D. ut leg.; l. 15 §. 2 D. ut leg.; l. 5 §. 29. 30 D. ut in poss. Auch vom Vertragserben: Seuff. Arch. V. 206.

[7] L. 1 pr. §. 1 l. 4. 16 D. ut leg. Vgl. l. 7 eod. Außer dieser Sicherheitsleistung konnte nach römischem Rechte der Bedachte von dem Beschwerten auch ein ausdrückliches Versprechen der Erfüllung des Vermächtnisses (praetoria stipulatio) verlangen, wodurch er aber materiell keine neuen Befugnisse erhielt. L. 1 §. 15 D. ut leg.

[8] L. 1 §. 2 D. ut leg. „Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti; sed aut satis dabitur eis, aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit". L. 4. 13 eod., l. 5 §. 28 D. ut in poss. Verfahren: l. 3 §. 1 D. ut in poss., l. 5 §. 2 D. ut leg., vgl. l. 14 §. 1 eod., l. 1 §. 3. 4 D. ut in poss. Gegenstand der Einweisung: l. 5 §. 6—12 D. ut in poss. Schutz der Einweisung: l. 5 § 27 D. ut in poss., l. 1 §. 2. 8 l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43. 4.

welche Einweisung er aber nur Dentention neben dem Beschwerten und Aufsichtsbefugniß erhält[9]. Im Falle arglistiger Veräußerung von Erbschaftssachen wird die Einweisung nach Befinden des Richters auch gegen dritte Besitzer gewährt[10]; bei erlaubter Veräußerung wird der Kaufpreis in gerichtliches Depositum genommen[11]. Ist kein körperlicher Nachlaß vorhanden, so werden dem Bedachten die Erbschaftsansprüche überwiesen[12]. In gewissen Fällen fällt die Verpflichtung zur Bürgschaftsbestellung weg[13]. Die heutige Geltung der hier vorgetragenen Sätze wird mit Unrecht bestritten[14].

---

[9] L. 5 pr. §. 22 D. ut in poss., l. 12 D. quib. ex caus. in po. 42. 4. Pignus praetorium: I §. 233 Note 12. — Ausnahmsweise erhalten: a) Frau und Descendenten des Erblassers, wenn sie arm sind, auch Unterhalt aus der Erbschaft, l. 14 D. ut in poss. b) Wenn dem Empfänger einer einzelnen Sache die Weitergabe derselben auferlegt ist, so erhält der zweite Vermächtnißnehmer, vorausgesetzt daß er seinerseits Caution leistet, allein den Besitz der vermachten Sache, l. 5 §. 29. 30 D. ut in poss.

[10] L. 5 §. 5 D. ut in poss. („causa cognita"), l. 8. 15 eod., l. 6 C. h. t.

[11] L. 5 §. 4 D. ut leg.

[12] L. 10 D. ut in poss. — S. noch l. 5 §. 1 D. ut leg., und darüber Bachofen S. 318, Keller S. 339.

[13] a) Zu Gunsten des Fiscus und von Stadtgemeinden, welche letztere aber nach der Vorschrift des römischen Rechts immerhin die repromissio leisten sollen, l. 1 §. 18 l. 6 §. 1 D. ut leg. b) Wenn Kinder, welche von ihren Aeltern zu Erben eingesetzt sind, die Erbschaft im Falle kinderlosen Ablebens ihren Geschwistern oder bei ihrem Tode Enkeln oder weiteren Descendenten des Erblassers herausgeben sollen; sie müßten denn zur zweiten Ehe schreiten. L. 6 C. ad SC. Treb. 6. 49. In §. 3 dieses Gesetzes verbittet sich der Gesetzgeber ausdrücklich jede ausdehnende Auslegung, und es ist schwerlich gerechtfertigt, in Nov. 22 c. 41, welche nach ihrer eigenen Erklärung das Gesetz bestätigen will, eine Erweiterung desselben, und nicht bloß eine ungenaue Relation seines Inhalts, zu finden. S. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V S. 272 fg., Arndts RLex. VI S. 308 — gegen die gewöhnliche, ausdehnende Meinung, welche vertheidigt wird von Vangerow I §. 227 Anm. 1 Nr. I. d, Sintenis III §. 137 Anm. 13, und welche auch von mir II §. 511 Note 12 festgehalten worden ist. S. noch l. 7 D. ut leg., l. 50 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl auch §. 652 Note 21.

[14] Es wird behauptet: a) die Besitzeinweisung des Vermächtnißnehmers sei bereits durch Justinian (l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, l. 3 §. 2 eod., Nov. 39 praef.) „mit dürren Worten" aufgehoben werden. v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. III S. 195. Arch. f. civ. Pr. V S. 208 Anm. 3, welchem

3. Wird das Vermächtniß binnen sechs Monaten nach der gerichtlichen Belangung nicht entrichtet, so kann der Bedachte verlangen, in den Besitz des eigenen Vermögens des Beschwerten eingewiesen zu werden, um sich aus den Früchten befriedigt zu machen[15]. Erstreckt sich die Zögerung über ein Jahr hinaus, so verliert der Beschwerte das Hinterlassene zur Strafe, vorbehaltlich des Pflichttheils[16].

4. Wenn Justinian zu größerer Sicherheit des Vermächtnißnehmers noch die Veräußerung der vermachten Sache verboten hat[17], so hat er damit etwas Neues nur für das Erbschaftsver-

---

beitritt Sintenis III §. 211 Anm. 58, vgl. auch Keller a. a. O. S. 340. Aber was Justinian abgeschafft hat, ist, wie der Zusammenhang seines Gesetzes deutlich zeigt, etwas ganz Anderes, nämlich die dem Fideicommissar zum Ersatz der ihm fehlenden actio in rem unter Umständen gewährte Einweisung in den Besitz der vermachten Sache, von welcher Einweisung Spuren noch in den Digesten vorkommen (s. namentlich l. 89 §. 7 D. de leg. II°, l. 109 §. 1 D. de leg. I°), und von welcher auch Paul. S. R. IV. 1 §. 15 zu verstehen ist. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 130 fg. 306 fg., Arndts RLex. VI S. 307 Note 237, E. A. Seuffert in der in Note 17 citirten Schrift S. 21 fg., Dernburg Pfandr. S. 403. 404. Im Resultat übereinstimmend auch Bachofen S. 323 fg. 325 fg. b) Es wird behauptet, die Missionen zur Sicherung der Vermächtnißnehmer seien in Deutschland, durch die Gesetzgebung oder durch die Praxis, beseitigt worden. Glück XVIII S. 266 fg., vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 58 a. E., Arndts §. 559 Anm. a. E. Auch diese Behauptung ist nicht begründet. S. Dernburg Pfandr. I S. 416. (Vgl. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 518. „Indessen möchte man eher sagen, daß der Gerichtsgebrauch diese Sicherheitsleistungen vergessen, als daß er sie verworfen habe".)

[15] L. 5. §. 16—21. 23—25 D. ut in poss. 36. 4, l. 6 C. eod. 6. 54. S. g. missio Antoniniana (l. 5 §. 16 cit. „imperator Antoninus"). Nach der gerichtlichen Belangung: l. 5 §. 16 cit.: — „post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est"; l 6 C. cit.: — „post sex menses quam peti coeperit". Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Belangte sich nicht vertheidigt habe. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 127 fg., Bachofen S. 319 fg., Keller S. 340. — Die in der vorigen Note bezeichnete Controverse bezieht sich auch auf diesen Fall.

[16] An den Substituirten, Miterben, Erbschaftsvermächtnißnehmer, Intestaterben, vorausgesetzt daß diese ihrerseits für die Erfüllung des Vermächtnisses Sicherheit leisten; in Ermangelung der genannten Personen an jeden Dritten, welcher Sicherheit leisten will, endlich an den Fiscus. Nov. 1 c. 1. 4. Vgl. Vangerow II §. 459, Sintenis III §. 205 Anm. 20.

[17] L. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43. E. A. Seuffert das gesetz-

mächtniß eingeführt[18]; für Einzelvermächtnisse hat Bedeutung bloß die hinzugefügte Bestimmung, daß der Erwerber auch durch Ersitzung nicht soll Eigenthümer werden können[19].

2. Rechte des Beschwerten.

§. 649.

Der Beschwerte kann Ersatz der auf die vermachte Sache gemachten Verwendungen nach billigem Ermessen verlangen[1], hat

---

liche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Recht (1854).

[18] Weil sich auf dieses die l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, welche dem Vermächtnißnehmer sofort Eigenthum der vermachten Sache gibt (§. 646), nicht bezieht. Seuffert S. 40. 52 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 328 fg.

[19] L. 3 §. 3 cit. i. f. Die Veräußerung selbst ist schon deßwegen nichtig, weil der Beschwerte nicht Eigenthümer ist (§. 646), oder nur beschränkter Eigenthümer (I §. 89 Note 4. §. 96 Note 5 a. E.). Es scheint zwar, als habe Justinian für den Fall des befristeten Vermächtnisses allerdings etwas Neues eingeführt, insofern er nämlich für das bedingte Vermächtniß im Gegensatz zu dem unbedingten und befristeten bestimmt, daß die Veräußerung erst mit der Erfüllung der Bedingung nichtig werden solle; also, scheint man schließen zu müssen, soll sie bei dem befristeten Vermächtniß sofort nichtig sein. So wirklich Seuffert S. 46 fg. 57. 62. Aber es ist mir außerordentlich zweifelhaft, ob damit wirklich der Sinn Justinian's getroffen ist; der Vermächtnißnehmer kann doch diese sofortige Nichtigkeit nicht geltend machen, und das behauptet auch Seuffert nicht; und sollte Justinian die Befugniß dazu dem Beschwerten haben einräumen wollen? Viel wahrscheinlicher ist es mir, daß Justinian's Bestimmung nur ein ungeschickter Ausdruck des Gedankens ist, daß bei einem befristeten Vermächtniß die Veräußerung sicher nichtig ist; während bei einem bedingten die Nichtigkeit in ungewisser Zukunft steht. — Seuffert S. 50 fg. 58 will der Justinianischen Verfügung Bedeutung beilegen auch für den Fall des Aftervermächtnisses; auch auf dieses nämlich beziehe sich die l. 1 C. comm. de leg. nicht (oder doch nur, wenn es bedingt oder befristet sei). Diese Meinung ist gewiß nicht haltbar; warum sollte das Eigenthum nicht durch die Person des ersten Vermächtnißnehmers hindurch sofort auf den zweiten übergehen? — Darüber, daß das Veräußerungsverbot sich nicht auf vermachte Sachen des Erben, und nicht auf vermachte fremde, vom Beschwerten angeschaffte Sachen bezieht, s. Seuffert S. 71 fg. — In dem Erk. des OAG. zu Dresden bei Seuff. Arch. III. 352 wird angenommen, daß der Vermächtnißnehmer auf Grund des gesetzlichen Veräußerungsverbotes gegen eine beabsichtigte Veräußerung mit der Wirkung protestiren dürfe, daß dadurch die Execution auf die betreffende Sache gehindert werde.

§. 649. [1] L. 58—60 D. de leg. I°, l. 19 §. 3 l. 22 §. 3 i. f. D. ad SC. Treb.

aber wegen derselben kein Klage- sondern nur ein Retentionsrecht[2]. Er kann ferner Ersatz für den Verlust einer Grunddienstbarkeit oder einer Forderung verlangen, welchen er in Folge des Durchgangs der vermachten Sache durch sein Vermögen erlitten hat[3].

Hat sich ein Vermächtnißnehmer ohne den Willen des beschwerten Erben in den Besitz der vermachten Sache gesetzt, so kann der Erbe Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen[4].

G. Das Falcidische Gesetz*.

1. Recht auf die Falcidische Quart.

§. 650.

Der Erbe kann verlangen, daß ihm ein Viertel seines Erb-

---

36. 1, l. 32 §. 5 D. de usu et usufr. 33, 1, l. 50 D. de usufr. 7. 1. Nach billigem Ermessen: l. 58 cit. „viri boni arbitratu sumtuum rationibus deductis". Hierher gehört auch, daß beachtet werde, inwiefern bei einem befristeten oder bedingten Vermächtniß der Beschwerte von der Verwendung selbst Nutzen gezogen habe. In dieser Weise möchte ich das „aedificiorum statibus examinatis" in l. 58 cit. (wo statibus freilich Conjectur statt des handschriftlichen aetatibus ist) verstehen: es soll das wiederhergestellte Haus nach seinem Werthe in dem jetzigen abgenützten Zustand berechnet werden. Ob auch l. 61 D. de leg. I° hierher zu rechnen sei, scheint doch sehr zweifelhaft; die Stelle spricht nach dem handschriftlichen Text von Verwendungen des Bedachten, und die Conjectur, nach welcher sie von Verwendungen des Beschwerten reden würde („sumtus . . necessario factos legatario petenti legatum") ist weder leicht, noch wird sie von den Basiliken unterstützt.

[2] Mit condictio indebiti für den Fall der irrthümlichen Nichtgeltendmachung des Retentionsrechts, l. 60 D. de leg. I°.

[3] L. 70 l. 116 §. 4 D. de leg. I°, l. 76 §. 2 D. de leg. II°. L. 76 §. 2 cit. „Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit: voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet". Vgl. §. 654 Note 18. 5. 16. 22. 25.

[4] Interdictum quod legatorum. Dig. 43. 3 Cod. 8. 3 quod legatorum. Keller Institutionen S. 341 fg. L. 1 §. 2 D. h. t.: — „aequissimum praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere". Dem gegenwärtigen Besitz steht arglistig aufgegebener gleich, l. 1 §. 7 D. h. t. Es haftet auch der Sondernachfolger, l. 1 §. 13 D. h. t. (a. M. Schmidt Interdicte S. 169). Einrede wegen geleisteter cautio legatorum servandorum causa: l. 1 §. 16—18 l. 2 §. 3 D. h. t., vgl. l. 1 §. 9 eod.

* Inst. 2. 22 de lege Falcidia. Dig. 35. 2. Cod. 6. 50 ad legem Fal-

theils frei von Vermächtnissen bleibe (§. 634 a. E.); soweit die Vermächtnisse dieses Viertel angreifen, sind sie ungültig[1]. Den Vermächtnissen stehen andere Belastungen des Erben gleich[2].

Ob der Erbe Testaments- oder Intestaterbe ist, macht keinen Unterschied[3]. Dagegen haben andere Bedachte außer dem Erben ein gleiches Recht nicht[4]; dieselben können nur dasjenige, was sie ihrerseits durch den Eingriff des Falcidischen Gesetzes verlieren, den auf sie Angewiesenen in verhältnißmäßigen Abzug bringen[5].

Die Ungültigkeit der die Falcidische Quart verletzenden Belastungen ist Nichtigkeit[6]. Im Fall der Untheilbarkeit des Ver-

---

cidiam. — Roßhirt I S. 520—589. Arndts RLex. VI S. 211—322. Vering S. 745—760. Vangerow II §. 534—539, Sintenis III §. 215, Brinz §. 216—219.

§. 650. [1] Dieser Satz ist durch eine lex Falcidia vom Jahre d. St. 714 eingeführt worden. Dieselbe bestimmte (l. 1 pr. D. h. t.): „Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum (l. legetur), ne minus quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres qui eam pecuniam dare (iussus) damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est". Früheres Recht: Gai. II. 224—227.

[2] Das Falcidische Gesetz bezog sich nur auf Legate. Auf Fideicommisse wurde es ausgedehnt unter Vespasian durch das SC. Pegasianum, Gai. II. 254, §. 5 I. de fideic. her. 2. 23; auf Schenkungen auf Todesfall durch Septimius Severus, l. 32 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 77 §. 1 D. de leg. II°, l. 5. 12 C. h. t., l. 2 C. de m. c. don. 8. 57; auf Auflagen im Wege der Bedingung durch Justinian, l. 18 C. h. t.

[3] Auf Intestatfideicommisse ist das Falcidische Gesetz ausgedehnt worden durch Antoninus Pius, l. 18 pr. D. h. t.

[4] Selbst nicht Erbschaftsvermächtnißnehmer. L. 47 §. 1 D. h. t., l. 22 §. 5 l. 25 §. 2 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[5] L. 43 §. 3 D. de cond. 35. 1, l. 32 §. 4 vgl. §. 5 D. h. t., l. 1 l. 5 D. si cui plus 35. 2, l. 63 §. 12 D. ad SC. Treb. 36. 1. Bei Alimentenvermächtnissen haben sie gemäß des vermuthlichen Willens des Erblassers auch dieses Recht nicht, l. 25 §. 1 D. h. t., l. 77 §. 1 D. de leg. II°, l. 21 §. 1 D. de ann. 33. 1.

[6] L. 73 §. 5 D. h. t.: — „si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur (sc. legata)". L. 1 §. 5 D. quod leg. 43. 3: — „portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt". L. 23. 26 D. h. t., l. 76 D. de R. V. 6. 1. S. auch §. 33 I. de act. 4. 6.

mächtnisses ist der Vermächtnißnehmer zu einer Geldentschädigung verpflichtet[7]. Ist es ungewiß, ob die Quart verletzt ist, so muß der Vermächtnißnehmer für die eventuelle Restitution des zuviel Empfangenen Sicherheit geben[8].

Geltendgemacht werden kann das Recht auf die Quart nicht bloß auf dem Wege der Vertheidigung gegen den Vermächtnißanspruch[9], sondern auch klageweise[10]. Doch fällt der Regel gemäß die Rückforderung des unverschuldet Geleisteten weg, wenn es in Kenntniß der Nichtverschuldung oder in Folge unentschuldbaren Irrthums geleistet worden ist[11].

2. Ausnahmen*.

§. 651.

Das Recht auf die Falcidische Quart kann durch Verfügung des Erblassers ausgeschlossen werden[1]. Bei Vermächtnissen, welche

---

7 L. 7. 23 l. 80 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 1 D. de doli exc. 44. 4, l. 76 pr. D. de leg. II°.

8 Tit. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur; l. 1 §. 16 l. 31 l. 45 §. 1 l. 73 §. 2 D. h. t. Oder auch es wird das Vermächtniß einstweilen gar nicht ausgezahlt, und der Erbe gibt Sicherheit. L. 73 §. 1 cit.: — „cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut exsistente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint". — Die Sicherheit muß durch Bürgschaftsbestellung geleistet werden, l. 3 §. 1 D. si cui plus 35. 3. Der Fiscus ist der Regel gemäß frei, l. 3 §. 5 eod.; ebenso ist frei der Alimentationsvermächtnißnehmer, l. 3 §. 4 eod.

9 Unter Umständen auch durch exceptio oder replicatio. L. 23 l. 80 §. 1 D. h. t., l. 5 §. 1 D. de doli exc. 44. 4, l. 76 pr. D. de leg. II°; l. 16 pr. §. 1 D. h. t.; l. 88 §. 1 D. h. t.; l. 15 pr. D. h. t. Vgl. Ubbelohde über den Satz ipso iure compensatur S. 57 fg.

10 Rei vindicatio: l. 26 D. h. t. Condictio indebiti: l. 31 D. h. t., l. 9 C. h. t. Actio in factum: l. 77 §. 2 D. de leg. II°, l. 1 §. 11 D. h. t. Actio de dolo: l. 23 D. de dolo 4. 3.

11 L. 1. 9. 19 C. h. t., l. 9 §. 5 D. de I. et F. l. 22. 6, Nov. 1 c. 3. Vgl. II §. 289 Note 5.

* Vgl. hierzu speciell Vangerow II §. 538.

1 So bestimmte Justinian in Nov. 1 c. 2 §. 2 (Auth. *Sed cum testator* C. h. t.), während nach früherem Recht das Recht auf die Quart der Willkür des Erblassers entzogen war, l. 15 §. 1. 8 l. 27 D. h. t., l. 11 C. h. t. (vgl. übrigens auch l. 12 D. h. t., l. 77 §. 31 D. de leg. II°, und dazu Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 297 fg.; über l. 64 D. h. t. s. §. 651.

ein Soldat hinterläßt, ist es ausgeschlossen auch ohne eine solche Verfügung[2]. Außerdem fällt es weg:

Vangerow II S. 494). Es ist aber Streit über die Auslegung der Justinianischen Bestimmung. Die herrschende Meinung verlangt Ausschluß des Rechtes auf die Quart durch eine ausdrückliche hierauf gerichtete Verfügung; so neuerdings wieder Brinz S. 938. Andere sind der Ansicht, das Recht auf die Quart sei schon dann ausgeschlossen, wenn der Erblasser nicht darüber im Irrthum gewesen sei, daß er dem Erben mehr als $^3/_4$ entziehe. Marezoll Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 354—362, Neuner heredis institutio ex re certa S. 117—120. Vgl. Seuff. Arch. XI. 57. Eine dritte Meinung verlangt zwar nicht eine ausdrückliche auf die Ausschließung des Rechts auf die Quart gerichtete Erklärung, aber doch einen speciell auf diese Ausschließung gerichteten Willen des Erblassers, also außer dem Bewußtsein davon, daß er dem Erben mehr als $^3/_4$ entziehe, auch das Bewußtsein, daß dieß in Widerspruch mit der Vorschrift des Falcidischen Gesetzes geschehe. So Vangerow a. a. O. I Nr. 2, welchem folgen Arndts RLex. VI S. 320, Sintenis III §. 215 Anm. 44. Auch ich halte diese mittlere Meinung für die vorzuziehende. Der erste darf sich nicht berufen auf den Wortlaut der Justinianischen Bestimmung: „Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam (εἰ μέντοι ῥητῶς ἐπισκήψειε)“; denn nicht nur liegt eine Verwechslung zwischen ausdrücklicher Erklärung und ausdrücklichem Willen nahe, sondern s. auch z. B. l. 18 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 in Verbindung mit l. 3 §. 3 D. de usus. 22. 1 und den übrigen §. 647 Note 15 genannten Stellen. Die zweite Meinung hat zwar eine nicht unscheinbare Stütze darin, daß Justinian den Fall des expressim designare dem Fall des Irrthums des Erblassers über den Betrag seines Vermögens oder dessen, was der Erbe aus demselben erhält, entgegensetzt; aber wenn er in der That wollte, daß das Recht auf die Quart schon dann ausgeschlossen sein solle, wenn der Erblasser nur verfügt habe im Bewußtsein davon, daß dem Erben kein Viertel bleibe: warum hat er dieß nicht einfach gesagt? Und Justinian beginnt seine Bestimmung (c. 2 init.) mit einer nicht undeutlichen Bestätigung des Falcidischen Gesetzes, obgleich dasselbe sich mit dem Willen des Erblassers in Widerspruch setze. Nur solle, verfügt er, der Vermächtnißnehmer durch Errichtung eines Inventars gegen einen unbegründeten Abzug gesichert werden. Dabei macht er dann die eingeschobene Bemerkung: stellt sich aber durch das Inventar heraus, daß dem Erben in der That weniger als ein Viertel bleibt, so ist ja anzunehmen, daß die Herabsetzung der Vermächtnisse dem Willen des Erblassers entsprechend sei. — Hiernach ist speciell zu entscheiden, daß in den Fällen, wo der auf ein Vermächtniß nicht gerichtete Wille des Erblassers auf dem Wege juristischer Construction durch Umdeutung in eine Vermächtnißverfügung aufrechterhalten wird (§. 552 Note 3 fg., §. 553 Note 6 fg., §. 554 Note 19), das Recht auf die Falcidische Quart nicht wegfällt. Vgl. übrigens Seuff. Arch. XI. 63 Nr. 1.

[2] Es wird, wie überall bei letztwilligen Verfügungen eines Soldaten,

1. zur Strafe des Erben, wenn er kein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet[3], und wenn er den Vermächtnißnehmer um sein Vermächtniß zu bringen sucht[4]. Von unterschlagenen Erbschaftssachen und von Vermächtnissen, welche der Erbe heimlich zum Zweck der Umgehung des Gesetzes einem Unfähigen zu entrichten übernommen hat, erhält statt des Erben der Fiscus die Quart[5].

2. Wegen der Gunst, welche gewisse Vermächtnisse genießen, fällt das Recht auf die Quart weg[6]: bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken[7]; bei Vermächtnissen, durch welche der Pflichttheil gedeckt wird[8]; bei Vermächtnissen an die Ehefrau von Sachen, welche in ihrem persönlichen Gebrauch stehen[9].

3. Nichts Besonderes ist es, daß der Erbe das Recht auf die Quart auch durch Verzicht verliert[10], wohl, daß ein solcher Verzicht schon darin gefunden wird, daß in Kenntniß der Verletzung der Quart mit der Auszahlung der Vermächtnisse zu ihrem vollen Betrage nur begonnen wird[11]. Nichts Besonderes für das Erb-

---

der wirkliche Wille des Erblassers zur Ausführung gebracht. L. 7 C. h. t., l. 12 C. de test. mil. 6. 21, l. 3 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1; l. 17. 92. 96 D. h. t., l. 17 §. 4 l. 18 D. de test. mil. 29. 1.

[3] In diesem Fall muß er die Vermächtnisse sogar über den Bestand der Erbschaft hinaus auszahlen. Vgl. §. 606 Note 8. 18, §. 634 Note 10.

[4] L. 59 pr. D. h. t. „Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat".

[5] L. 6 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 24 pr. D. h. t., vgl. l. 68. §. 1 eod.; l. 11 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 13 l. 59 §. 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 49 D. de I. F. 49. 14.

[6] Nach römischem Recht gehörte außer den im Folgenden genannten Vermächtnissen auch das Vermächtniß zum Zweck der Freiheit hierher. L. 33. 35. 36 §. 3 D. h. t., l. 6 D. de fideic. lib. 40. 5.

[7] Nov. 131 c. 12. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 6, Vangerow a. a. O. Nr. III. 6. Seuff. Arch. XI. 63 Nr. 2.

[8] L. 87 §. 4 D. de leg. II°, l. 36 pr. C. de inoff. test. Vgl. v. Buchholtz juristische Abhandlungen S. 156 fg.

[9] L. 81 §. 2 D. h. t.

[10] L. 19 C. h. t.; l. 46. 71 D. h. t., l. 20 §. 1 D. de don. 39. 5. Ungültig ist der Verzicht vor dem Tode des Erblassers, l. 15 §. 1 D. h. t.

[11] Er soll nicht einem folgenden Vermächtnißnehmer versagen dürfen, was er einem früheren gewährt hat. So schrieb Justinian in Nov. 1 c. 3 vor. Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß der Erbe nicht durch besondere, aus der Person des früheren Vermächtnißnehmers hergeleitete Motive bestimmt

schaftsvermächtniß ist es, daß dasselbe keinem Abzug unterliegt, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat[12].[13]

3. Berechnung der Quart.

§. 652.

Der Erbe kann verlangen, den vierten Theil seines Erbtheils[1] frei von Vermächtnissen und anderen Belastungen zu haben.

1. Er kann den vierten Theil seines Erbtheils verlangen. Natürlich seines reinen Erbtheils, seines Erbtheils nach Abzug der Schulden, da der Erbe die Schulden deßwegen nicht weniger trägt, weil er mit Vermächtnissen oder anderen freigebigen Zuwendungen belastet ist[2]. Der Erbe kann aber nicht bloß die vom Erblasser überkommenen Schulden abziehen, sondern auch die Kosten der Beerdigung, welche ebenfalls eine Erbschaftsschuld bilden[3]; er kann ferner abziehen die Kosten der Ueber-

---

gewesen sei. Andere Auslegungen des Gesetzes bei Roßhirt I S. 586 Note 4 und bei Puchta §. 548. d. § 549 k. S. dagegen Vangerow a. a. O. Nr. II. 1, Sintenis III §. 215 Anm. 48. — Nicht anders kann der Fall beurtheilt werden, wenn die Vermächtnisse, mit deren Auszahlung der Erbe begonnen hat, einem und demselben Vermächtnißnehmer geschuldet werden; danach ist l. 15 §. 2 D. h. t. antiquirt, wenn sie überhaupt von wissentlicher Zahlung spricht, was l. 16 D. h. t. gewiß nicht thut. A. M. Vangerow a. a. O., dagegen Sintenis a. a. O.

[12] Weil der Erbe in diesem Fall von der Antretung überhaupt keinen Vortheil haben soll. L. 4 l. 14 §. 4 l. 27 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. §. 668.

[13] Noch weniger etwas Besonderes ist es, daß der Abzug der Quart wegfällt bei Vermächtnissen, welche dem Vermächtnißnehmer nichts geben, als was er ohnehin zu fordern hat, so wie bei denjenigen, welche dem Erben deßwegen nichts nehmen, weil der vermachte Gegenstand für ihn keinen Vermögenswerth hat. L. 28 §. 1 D. de leg. I°, l. 57. 81 D. h. t., l. 1 §. 10 eod., l. 1 §. 12 D. de dote prael. 33. 4; l. 15 C. h. t. Zu letzterer Stelle vgl. noch Arndts VI S. 322 Note 47, Vangerow a. a. O. Nr. III. 2.

§. 652. [1] Der Erbtheil kann natürlich auch die ganze Erbschaft sein.

[2] §. 3 I. h. t., l. 39 D. h. t., l. 6 pr. l. 14 C. h. t. Auch was der Erblasser ihm selbst schuldig war, kann der Erbe abziehen, l. 6. pr. l. 8 C. h. t., l. 87 §. 2 D. h. t.; vgl. l. 12 D. h. t., l. 77 §. 31 D. de leg. II° (§. 651 Note 1); wie er umgekehrt in die Erbschaft einrechnen muß, was er seinerseits dem Erblasser schuldig war. Vgl. II §. 352 Note 4.

[3] Vgl §. 3 I. h. t., l. 1 §. 19 l. 2 D. h. t. Vgl. II §. 430 Note 20.

nahme und Liquidation der Erbschaft[4], und nach der Vorschrift des canonischen Rechts auch seinen Pflichttheil[5]. Gesehen wird auf den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Erblassers; auf spätere Vermehrungen können sich die Vermächtnißnehmer, auf spätere Verminderung kann sich der Erbe nicht berufen[6]. Als spätere dem Erben nicht zu Gute kommende Verminderung gilt es auch, wenn Erbschaftsschuldner zahlungsunfähig werden[7], wogegen es umgekehrt den Vermächtnißnehmern allerdings zu Gute kommt, wenn zahlungsunfähige Erbschaftsschuldner neues Vermögen erwerben[8]. Ebenso kommt den Vermächtnißnehmern zu

---

[4] L. 72 D. h. t., l. 22 §. 9 vgl. §. 4 C. de iure del. 6. 22.

[5] C. 16. 18 X de testam. 3. 36. Diese Stellen entscheiden unmittelbar nur den Fall, wo Kinder mit dem Vermächtniß belastet sind, für den Fall kinderlosen Ablebens die väterliche Erbschaft einem Dritten herauszugeben; aber sie erkennen ein Princip an. Das römische Recht weiß von diesem Princip nichts, vgl. l. 8 §. 9 D. de inoff. 5. 2. In der That beruht die Vorschrift des canonischen Rechts auf einer dem römischen Recht vollständig fremden Idee, der Idee, daß der Notherbe einen bestimmten Theil der Erbschaft als einen der Verfügung durchaus entzogenen, also in seiner Eigenschaft als Intestaterbe, erhalte. S. namentlich l. 18 cit.: — „quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem iure naturae, in qua gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset“. Es liegt auf der Hand, daß das canonische Recht hier unter dem Einfluß germanischer Rechtsanschauung steht. — Uebrigens ist das hier Gelehrte nicht allgemein anerkannt. Andere sind in der Auslegung der genannten Stellen strenger und wollen nicht über die Descendenten, oder nicht über den Fall des Erbschaftsvermächtnisses, oder wohl gar nicht über den Fall des bedingten oder befristeten Erbschaftsvermächtnisses hinausgehen. Vgl. Glück VII S. 154 fg., Roßhirt I S. 548 fg., Arndts RLex. VI S. 314 Note 293, Sintenis III §. 215 Anm. 41, Puchta §. 551 und Vorles. dazu. Seuff. Arch. III. 353. 354, V. 41, VII. 207, XIII. 106.

[6] §. 2 I. h. t., l. 30 pr. §. 2—4 l. 56 pr. l. 73 pr. D. h. t.

[7] L. 30 pr. D. h. t. „In ratione legis Falcidiae . . debitorum facta peiora nomina . . heredi pereunt“. L. 56 pr. D. h. t.

[8] L. 56 §. 1 D. h. t.: — „et ego quaeram, si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatae facultates fuerunt? et cum in isto placuerit, ex post facto uberiorem videri fuisse hereditatem . .“. L. 82 D. h. t., wo es heißt, daß außer demjenigen, was vom Schuldner beigetrieben werden kann, mit in Rechnung gebracht werden soll der Verkaufswerth des Ueberschusses. — Wie der Wechsel in der Leistungskraft des Schuldners wird in der einen und anderen Beziehung auch der Wechsel in dem Betrage des Pe-

Gute das Unbedingtwerden von bedingten Erbschaftsforderungen, aber auch dem Erben das Unbedingtwerden von bedingten Erbschaftsschulden[9].

2. Der Erbe kann verlangen, den vierten Theil seines Erbtheils als Erbtheil zu haben, in seiner Eigenschaft als Erbe[10]. Was er zwar durch die Zuwendung des Erblassers, aber nicht als Erbe hat, wird ihm in seine Quart nicht eingerechnet; daher namentlich nicht ein ihm gegebenes Vermächtniß, und ebensowenig was er auf dem Wege der Erfüllung der Bedingung einer zu Gunsten eines Andern getroffenen Verfügung erhält[11]. Doch kann der Erblasser das Gegentheil anordnen[12]. So wenig wie

---

culiums bei der Peculiarschuld beurtheilt. L. 56 pr. §. 1 D. h. t. Aus dieser Stelle berichtigt sich l. 83 D. h. t.

[9] L. 56 §. 1 D. h. t. cit., wo es nach den in der vorigen Note abgedruckten Worten weiter heißt: „sicuti cum condicio crediti exstitit post mortem". L. 73 §. 1 D. h. t.

[10] Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLVII. 16 (1864). Vgl. Seuff. Arch. V. 42

[11] L. 74 D. h. t. „Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti. quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat; itaque quod quis legatorum nomine a coherede accipit, in quadrantem ei non imputatur". L. 91 D. h. t. „In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit". L. 22 pr. l. 86 D. h. t., l. 24 C. fam. erc. 3. 36, l. 76 pr. l. 44 l. 40 §. 1 D. h. t. In Betreff des weiteren Inhalts von l. 91 D. h. t. cit. vgl. §. 666 Note 8.

[12] Vermittelst einer solchen Anordnung kann der Erblasser selbst durch Zuwendungen unter Lebenden die Quart decken. L. 56 §. 5 D. h. t — Der Erblasser macht zwar durch eine solche Anordnung nicht zu Erbschaft, was Erbschaft nicht ist; aber er schafft Ersatz für die Erbschaft, welche er durch die auferlegten Vermächtnisse nimmt. Daher heißt es in l. 56 §. 5 D. h. t. einfach: „nihil aliud sub occasione legis Falcidiae intervenire potest, quia vivus videtur heredi futuro providere". Einen anderen, und zu einem andern Resultat führenden Gesichtspunkt legt l. 75 D. h. t. an, den der Voraussetzung (§. 636 Note 3). „Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet". Jedenfalls ist nach neuestem Recht die Anordnung, ein Vermächtniß. ꝛc in die Quart einzurechnen, schon deßwegen unmittelbar durchgreifend, weil in einer solchen Anordnung ein Verbot des Abzugs der Quart bis zum Belange des Zugewendeten liegt. Abweichend ist die Darstellung bei Dernburg S. 294 fg. und bei v. Buchholtz Prälegate S. 445 fg.

andere Vermächtnisse braucht der Erbe diejenigen in seine Quart einzurechnen, welche er von einem auf ihn angewiesenen Vermächtnißnehmer erhält[13]; nur kann er diesem Vermächtnißnehmer selbst bis zum Belange dessen, was er von ihm erhält, keinen Abzug machen[14]. In gleicher Weise ist zu beurtheilen, was der Erbe von einem Vermächtnißnehmer durch Erfüllung der Bedingung, unter welcher demselben vermacht worden ist, erhält[15]. Dagegen ist nicht in gleicher Weise zu beurtheilen, was der Erbe nach Anordnung des Erblassers von dem Vermächtnißnehmer gegen Leistung des Vermächtnisses zurückempfangen soll oder was er ihm abziehen darf[16]: was der Erbe in dieser Weise erhält, ist

---

[13] L. 29 D. h. t. „Si a me tibi fideicommissum vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam, quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere“. L. 22 pr. D. h. t.

[14] L. 22 pr. D. h. t., l. 94 D. eod., l. 78 D. de her. inst. 28. 5, l. 15 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 24 i. f. C. fam. erc. 3. 36. Diese Stellen sprechen nur von dem Falle, wo der dem Erben gegenüberstehende Vermächtnißnehmer Miterbe ist; aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Entscheidung auf diesen Fall zu beschränken. Dernburg S. 300 fg., v. Buchholtz Sell's Jahrb. III. 7 und Prälegate S. 446 fg.

[15] Es ist in gleicher Weise zu beurtheilen in der einen und der anderen der bezeichneten Beziehungen, so daß das Empfangene einerseits nicht in die Quart eingerechnet wird, andererseits den dem betreffenden Vermächtnißnehmer zu machenden Abzug mindert. Das Letztere ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, und so leugnen es v. d. Pfordten de praelegatis p. 84 und v. Buchholtz Prälegate S. 455, wie mir scheint mit Unrecht. Was das Erste angeht, s. namentlich l. 40 §. 1 D. h. t. „Si cui, si decem dedisset, viginti fundus fuisset legatus, is in toto fundo legatarius habebitur“. Ferner l. 30 §. 7 l. 91 D. h. t. Vgl. §. 666 Note 8.

[16] Hierher gehört das Vermächtniß, daß der Erbe eine gewisse Sache um einen ihrem Werth nicht entsprechenden Preis kaufen oder verkaufen solle. L. 19 l. 30 §. 1 l. 87 pr. D. h. t. Namentlich aber gehört der Fall hierher, wo ein Erbschaftsvermächtniß gegeben ist deducta, retenta, praecepta, accepta certa re oder pecunia, §. 9 I. de fideic. her. 2. 23, l. 30 §. 7 l. 90. 91. 93 D. h. t., l. 58 §. 3 l. 63 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1. Was das Vermächtniß accepta certa re oder pecunia angeht, so tritt dasselbe ganz nahe an den Fall heran, wo etwas vermacht wird unter der Bedingung einer Leistung von Seiten des Vermächtnißnehmers, und die römische Jurisprudenz hat sich dieß nicht verborgen. L. 30 §. 7 cit. „Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae condicionis implendae causa heredi sunt data, in quartam

zwar nicht Erbschaft[17], aber doch nach dem Willen des Erblassers Ersatz für Erbschaft, und muß daher allerdings in die Quart eingerechnet werden[18]. — Vorvermächtnisse hat der Erbe bis zum Belange seines Erbtheils nicht als Erbe, und daher muß er sie bis zu diesem Belange in seine Quart einrechnen[19]. — Ebenso muß der Erbe einrechnen, was er von einem nach Anordnung des Erblassers erst später herauszugebenden Vermächtnißgegenstand in der Zwischenzeit an Früchten zieht; denn auch in einer solchen Anordnung liegt eine Zuwendung von Erbschaft[20]. Von diesem

---

non computantur, tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Iuliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi". S. auch l. 109 D. de cond. 35. 1, l. 13 §. 6 D. de H. P. 5. 3, und vgl. §. 666 Note 8 a. E., Dernburg S. 316 fg., Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. VI S. 354 fg.

[17] Erbschaft ist auch nicht, was von der herauszugebenden Erbschaft zurückbehalten werden darf. Indem die „Erbschaft" herausgegeben wird, wird nothwendigerweise jede in derselben enthaltene Sache herausgegeben, „nec enim posse ex iure deduci quantitatem", l. 16 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Zurückbehaltung bezeichnet nur das factische Resultat dessen, was im juristischen Vorgang Rückempfang ist; was der Erbe von der Erbschaft zurückbehalten soll, erhält er in der juristischen Wirklichkeit als Vermächtnißnehmer. Daher §. 9 I. de fideic. her. 2. 23: — „et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei adquisita". Vgl. namentlich Neuner heredis institutio ex re certa S 95. fg.

[18] Ueber die verschiedenen Auffassungen vgl. Vangerow §. 536 Anm. Nr. II, Schlagintweit a. a. O. S. 350 fg., Jacoby Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI S. 66; Dernburg S. 314 fg.; Brinz S. 927 fg.; Neuner a. a. O. S. 107 fg.

[19] L. 74. 86 D. h. t., l. 81 eod. (vgl. §. 666 Note 8), l. 24 C. fam. erc. 3. 36. Vgl. §. 627 Note 3.

[20] L. 15 §. 6 l. 24 §. 1 l. 88 §. 3 D. h. t. (vgl. über diese letzte Stelle II §. 274 Anm. 4); l. 18 §. 1 D. h. t., l. 22 §. 2 l. 58 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 8 §. 11 D de inoff. 5. 2. Die Erbschaftsfrüchte sind Erbschaft, da der Erbe sie in seiner Eigenschaft als Erbe hat; aber deßwegen braucht er nicht alle Früchte, welche er behält (§. 647 Note 14), in seine Quart einzurechnen, sondern nur diejenigen, welche er nach Anordnung des Erblassers behält; denn nur diese sind zugewendete Erbschaft (l. 3 pr. §. 1 D. h. t.). L. 22 §. 2 cit. „Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet; fructus enim

Satz gilt jedoch eine Ausnahme für einen ganz speciellen in der Note[21] bezeichneten Fall.

3. Der Erbe kann den vierten Theil seines Erbtheils frei von Vermächtnissen und anderen Belastungen verlangen. Gerechnet werden natürlich nur diejenigen Vermächtnisse und Belastungen, welche gültig und wirksam sind[22], und diese nur so weit, als sie dem Erben wirklich etwas nehmen[23]. Vermächtnisse, von welchen keine Quart abgezogen werden darf, werden der Regel nach bei der Berechnung der Quart mit in Ansatz gebracht[23a]; jedoch kommt es auch vor, daß sie außer Ansatz bleiben, d. h. daß nicht der Gesammtbetrag aller Vermächtnisse

---

qui percepti sunt, neglegentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim, quod percipitur, summovet Falcidiam, si tantum sit, quantum quarta facit et quartae fructus; nam fructus, qui medio tempore percipiuntur, ex iudicio testantis percepti videntur". S. auch §. 2 I. h. t., l. 30 pr. l. 73 pr. D. h. t. Hiernach berichtigt sich der ungenaue Ausdruck der l. 18 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. — Von den einzurechnenden Erbschaftsfrüchten müssen aber abgezogen werden die Zinsen der Quart von der Zeit des Todes des Erblassers bis zum Erwerb der Früchte, oder, was auf dasselbe hinauskommt, es müssen die Zinsen dieses Betrags zu der zu deckenden Quart hinzugerechnet werden. L. 15 §. 6 l. 18 §. 1 l. 24 §. 1 D. h. t, l. 22 §. 2 D. ad SC. Treb. 36. 1. Denn der Erbe kann verlangen, seine Quart nicht bloß überhaupt, sondern auch sofort zu haben. — Vgl. noch Seuff. Arch. X. 188.

[21] Wenn Aeltern eingesetzten Kindern auferlegen, die Erbschaft im Falle kinderlosen Ablebens ihren Geschwistern, oder nach ihrem Tode den Enkeln, Urenkeln ꝛc. des Erblassers herauszugeben. In diesem Fall ist sogar die ausdrückliche Anordnung des Erblassers, daß die Quart aus den Früchten gedeckt werden soll, wirkungslos. L. 6 C. ad SC. Treb. 6. 49. Vgl. §. 648 Note 13 cit. b. Seuff. Arch. II. 107, IV. 67, VII. 207.

[22] L. 50. 51 l. 76 §. 1 D. h. t. Seuff. Arch. II. 208.

[23] L. 1 §. 10 D. h. t.; l. 19 l. 30 §. 1 l. 87 pr. eod.; l. 61 eod. [Die an zweiter Stelle genannten Quellenzeugnisse sprechen von einem dem Beschwerten auferlegten Kauf bez. Verkauf um höheren bez. niedrigeren Preis. Vermacht ist nur der Ueberschuß. Zu gleichem Resultat führt es, wenn man sagt, daß die Gegenleistung in die Quart einzurechnen sei (Note 16), sobald man nur festhält, daß auch bei der Vertheilung des Abzuziehenden auf die einzelnen Vermächtnisse als wirklich vermacht nur der Ueberschuß in Ansatz gebracht werden darf. Die Quellen haben die eine und die andere Auffassung.]

[23a]. Wo aber dann der auf sie fallende Theil des Abzugs nicht etwa auf die nicht befreiten Vermächtnisse abgeworfen werden darf. Vgl. Note 38.

in Vergleich gebracht wird mit dem gesammten Erbtheil, sondern daß die dem Abzug unterliegenden Vermächtnisse in Vergleich gebracht werden mit demjenigen, was die dem Abzug nicht unterliegenden vom Erbtheil übrig lassen[24]. Bei der Pupillarsubstitution werden, wie bei der Vulgarsubstitution, die dem Eingesetzten (Pupillen) und die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse zusammengerechnet, d. h. auch die letzteren gelten als hinterlassen nicht von der Kindes- sondern von der väterlichen Erbschaft[24a].

---

[24] Diese Art der Berechnung tritt ein: a) bei Vermächtnissen, welche ein Soldat hinterlassen hat, wenn neben denselben andere stehen, welche er als Nichtsoldat hinterlassen hat, l. 17 §. 4 l. 18 D. de test. mil. 29. 1, l. 17 92 D. h. t.; b) bei Vermächtnissen von Sachen, welche zum persönlichen Gebrauch der Ehefrau dienen, l. 81 §. 2 vgl. mit §. 1 D. h. t. Nach Arndts RLex. VI S. 321 und Vangerow II §. 538 a. E. soll diese Art der Berechnung auch eintreten bei Pflichttheilsvermächtnissen und bei Vermächtnissen zu Gunsten von milden Stiftungen; aber ich finde für diese Behauptung in den Stellen, auf welche sie gestützt wird (l 87 §. 4 D. de leg. II°, l. 36 C. de inoff. 3. 28, Nov. 131 c. 12), keinen Beweis, und es leuchtet nicht ein, weßwegen diese dem Erben ungünstigere Art der Berechnung im Zweifel eintreten soll. (Daß sie dem Erben ungünstiger ist, zeigen folgende Beispiele. Wenn der Erbtheil 400 beträgt, die vom Abzug befreiten Vermächtnisse 120, die nicht befreiten 240, so zieht der Erbe den letzteren nach dieser Berechnung 30 ab, nach der entgegengesetzten 40. Wenn umgekehrt bei einem Erbtheil von 400 die befreiten Vermächtnisse 240 betragen, die nicht befreiten 120, so zieht der Erbe den letzteren nach dieser Berechnung Nichts ab, nach der entgegengesetzten 20.) Wenn übrigens die befreiten und die nicht befreiten Vermächtnisse zusammen den Betrag des Erbtheils überschreiten, so werden bei der Herabsetzung der Vermächtnisse auf den Betrag des Erbtheils die befreiten Vermächtnisse allerdings mit in Ansatz gebracht. Wenn bei einem Erbtheil von 400 die befreiten Vermächtnisse 400 betragen, die nicht befreiten 100, so fällt nicht etwa auf jene 400, auf die letzteren gar nichts, sondern auf jene 320, auf diese 60. L. 17 D. h. t.

[24a] L. 79 D. h. t. „In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit; sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset". L. 11 §. 5 D. h. t. (wo die Worte „quadrante nimirum" hinter „de suo" Glossem sind), l. 1 §. 12 l. 31 eod., l. 1 §. 1 D. si cui plus 35. 3. Vgl. 559 Num. 8. Vangerow §. 525 Anm. Nr. VI. 1 und die das. Citirten.

4. Um im einzelnen Fall zu entscheiden, ob der Erbe den vierten Theil seines Erbtheils frei hat, muß der Werth sowohl des Erbtheils als der Vermächtnisse auf Geld reducirt werden. Auf Affectionswerth wird dabei keine Rücksicht genommen[25]. Erbschaftsforderungen werden nicht zu ihrem Nominalbetrage angeschlagen, sondern zu demjenigen Betrage, welcher vom Schuldner beigetrieben werden kann[26]. Befristete Erbschaftsforderungen und befristete Erbschaftsschulden werden in Anschlag gebracht mit Abzug des Zwischenzinses[27]. Bedingte Erbschaftsforderungen und bedingte Erbschaftsschulden werden entweder zu ihrem jetzigen Verkaufswerth in Anschlag gebracht, oder, je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Bedingung, voll oder gar nicht, in den beiden letzten Fällen unter Sicherheitsstellung für Rück- bez. Nachzahlung[28]; tritt die Bedingung ein, so ist ebenfalls der Zwischenzins in Abzug zu bringen[29]. Bedingte Vermächtnisse bleiben einstweilen außer Ansatz gegen Sicherheitsleistung von Seiten der übrigen Vermächtnißnehmer für spätere Rückzahlung[30], ebenfalls unter Berücksichtigung des Zwischenzinses[31].

---

[25] L. 42 l. 82 §. 1 l. 63 pr. D. h. t.

[26] L. 63 §. 1 D. h. t. „Cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest". Aber was der Beschwerte selbst schuldig ist, wird unter allen Umständen voll in Ansatz gebracht; denn auch von ihm gilt, was l. 82 cit. von dem Schuldner sagt, dem seine Schuld vermacht ist: „ipse sibi . . dives est". Ueber den Fall eines Wechsels in der Zahlungsfähigkeit des Schuldners s. Note 7. 8. — Naturales obligationes: l. 1 §. 17 D. h. t., vgl. l. 21 pr. l. 56 §. 2 D. h. t. Correalobligationen: l. 62 pr. D. h. t.

[27] Arg. l. 73 §. 4 D. h. t.

[28] L. 73 §. 1 D. h. t., l. 1 §. 4. 11 D. si cui plus 35. 3.

[29] Die Bedingung hat nicht minder als die Befristung die Folge, daß der Erbe den Genuß des Forderungsgegenstandes einstweilen entbehrt oder behält. Vgl. auch l. 66 pr. l. 88 §. 3 D. h. t.

[30] L. 45 §. 1 l. 73 §. 2 D. h. t.

[31] L. 88 §. 3. D. h. t. Daß die Ausführung der Rechnung in dieser Stelle nicht richtig ist, habe ich bereits II §. 274 Note 4 bemerkt. Die abzuziehende Summe hätte zwischen den Vermächtnißnehmern nicht nach dem Verhältniß von 4 zu 3, sondern nach dem Verhältniß von 5 zu 4 vertheilt werden sollen. (Die Rechnung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung bezogen, hat der bedingte Vermächtnißnehmer 100, der unbedingte 125. Bezieht man die Rechnung auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, so hat der unbedingte Vermächtnißnehmer 100, der bedingte 80.)

Befristetete Vermächtnisse werden unter Berücksichtigung des Zwischenzinses sofort in die Rechnung eingestellt[32]. Bei Vermächtnissen von Rechten, welche an die Lebensdauer des Berechtigten gebunden sind[33], wird der Werthanschlag mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Berechtigten gemacht[34], vorbehaltlich jedoch, wenn die Parteien nicht darauf verzichtet haben,

---

[32] Wenn außer dem Einen befristeten Vermächtniß kein anderes vorhanden ist, so liegt für die Aufstellung einer Rechnung kein Bedürfniß vor. Man kann in diesem Fall warten, bis der Termin herangekommen ist, und dann zusehen, ob der Erbe durch den Zwischengenuß des Vermächtnißgegenstandes die Quart und ihre Zinsen hat, oder wie viel ihm daran fehlt (Note 20). Die Nothwendigkeit der Aufstellung einer Rechnung ergibt sich erst dann, wenn außer dem befristeten Vermächtniß noch andere unbefristete vorhanden sind, um nämlich zu bestimmen, ob und wie viel diesen letzteren abzuziehen ist. Ob man dann aber von dem befristeten Vermächtniß den Zwischenzins abzieht, oder ob man den unbefristeten Vermächtnissen den Zwischenzins hinzurechnet, führt zu dem gleichen Resultat, wenn man nur in dem einen und dem anderen Fall festhält, daß der Erbe zur Zeit, wo er das befristete Vermächtniß auszahlt, nicht blos seine Quart, sondern auch die Zinsen seiner Quart haben muß. (Wenn bei einem Vermögen von 400 dem A. 200 sofort, dem B. 200 nach 10 Jahren vermacht sind, so hat der Erbe, wenn er dem A. die 200 voll auszahlt, nach 10 Jahren aus den Zinsen des befristeten Vermächtnisses bei einem Zinsfuß von 5% nur 100, während er 100+50 haben muß, und die 50, welche ihm fehlen, werden dem A. und dem B. in Abzug gebracht bei der ersten Art der Berechnung nach dem Verhältniß von 200 : 133⅓, bei der zweiten Art nach dem Verhältniß von 300 : 200, d. h. in dem einen und dem anderen Fall nach dem Verhältniß von 3 : 2. [Der Erbe zahlt also dem B. 20 weniger; und empfängt von A. 30 zurück. Oder er zieht dem A. sofort 20 ab, welche mit dem Zwischenzins nach 10 Jahren 30 ausmachen.]) — Das Gesagte gilt übrigens in gleicher Weise auch für bedingte Vermächtnisse, deren Bedingung später eintritt, abgesehen davon, daß hier die Aufstellung einer Rechnung erst nach Eintritt der Bedingung möglich ist. Vgl. l. 45 pr. l. 73 §. 4 l. 66 pr. l. 88 §. 3 D. h. t. (Note 31).

[33] Rentenvermächtniß, Alimentenvermächtniß, Vermächtniß von persönlichen Dienstbarkeiten. S. über diesen Fall namentlich B. W. Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 13 (1845). Fernere Literatur: Konopak Beiträge zur Lehre von Berechnung der Falcidischen Quart S. 16 fg. (1811). Fritz Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV. 16 (1825). Roßhirt I S. 552 fg. Arndts RLex. VI S, 431 fg. Sintenis III §. 215 Anm. 19.

[34] Für die Berechnung derselben bei Alimentenvermächtnissen bietet die (ursprünglich nicht von der Berechnung der Falcidischen Quart, sondern von der Berechnung der Erbschaftssteuer handelnde) l. 68 pr. D. h. t., zwei Re-

späterer Correction[38]. Bei Vermächtnissen von immerwährenden Renten wird der jährliche Rentenbetrag zu 4% capitalisirt[36]. 4. Was zuviel vermacht ist, zieht der Erbe den einzelnen Vermächtnißnehmern nach Verhältniß ab[37], vorausgesetzt daß der Erblasser nicht eine abweichende Anordnung getroffen hat[38].

2. Berechnung und Abzug der Quart bei einer Mehrheit von Erbtheilen*.

§. 653.

Bei einer Mehrheit von Erbtheilen entsteht die Frage, ob von jedem Erbtheil gegenüber den auf ihn angewiesenen Ver=

---

geln dar, eine kürzere (ist der Vermächtnißnehmer unter 30 Jahren, so werden 30 Jahre gerechnet, ist er über 30, so werden so viele Jahre gerechnet, als zu 60 fehlen), und eine ausgeführtere (1—20: 30, 20—25: 28, 25—30: 25, 30—35 : 22, 35—40 : 20, 40—50 : soviele Jahre als zu 60 fehlen — 1, 50—55 : 9, 55—60 : 7, 60 + x : 5), mit der Hinzufügung, daß gewöhnlich die kürzere Regel zur Anwendung gebracht werde. In l. 55 D. h. t. heißt es, daß ein Rentenvermächtniß auf Soviel geschätzt werden solle, „quanti venire id legatum potest". Ist außer dem betreffenden Vermächtniß ein anderes nicht vorhanden, so ist auch hier nicht nothwendig, sofort eine Rechnung zu stellen, l. 47 pr. D. h. t. S. noch l. 1 §. 9 D. h. t.

[35] Dieß geht schon aus der Wahl hervor, welche l. 68 pr. D. h. t. zwischen den verschiedenen Arten der Berechnung läßt. S. ferner l. 1 §. 16 D. h. t. „Si in annos singulos legatum sit Titio, quia multa legata et condicionalia sunt, cautioni locus est, quae in edicto proponitur *quanto amplius accipit reddi*". Doch gehen die Meinungen hier auseinander. S. die Citate in Note 33.

[36] L. 3 §. 2 D. h. t. — Bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs an eine juristische Person (Stadtgemeinde) sollen nach l. 68 pr. i. f. D. h. t. 30 Jahre gerechnet werden — gegen die in l. 56 D. de usufr. 7. 1 und l. 8 D. de usu et usufr. 33. 2 vorgetragene Regel. Vgl. Puchta Vorlesungen Beil. XXIV.

[37] A. 73 §. 5 D. h. t. [Vgl. Note 23.]

[38] L. 88 pr. §. 1. 2 D. h. t.

* Roßhirt Vermächtnisse I S. 531—538 (1835). Stemann Elvers Themis N. F. I. 10 (1840). v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrecht Nr. 1 (1840). Hoffmann Sell's Jahrbücher I. 9 (1841). Arndts RLex. VI S. 316—320 (1845). Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VI. 11. VII. 2. 6 (1849. 1850). Herrmann das. VIII. 14 (1851). Vangerow XXXVI. 10. 12. XXXVII. 13 (1852. 1853). H. Pernice commentationes iuris Romani duae, comm. I (1855). [Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 467 fg. 490 fg. (1864). Hoffmann Arch. f. civ. Pr. XLIX. 4 (1866). §. 653.

mächtnissen die Quart besonders, oder ob von sämmtlichen Erbtheilen gegenüber den sämmtlichen Vermächtnissen nur Eine Quart berechnet werden soll, kürzer ausgedrückt: ob Zusammenrechnung stattfinden soll oder nicht[1].

Es versteht sich von selbst, und ist bereits bemerkt worden[2], daß keine Zusammenrechnung eintritt, wenn für jeden der mehreren Erbtheile ein besonderer Erbe vorhanden ist, d. h. wenn jeder der mehreren Erbtheile von einem besonderen Erben erworben worden ist[3], und dieß ändert sich auch dadurch nicht, daß hinterher ein Erbe den von einem andern Erben erworbenen Erbtheil zu dem seinigen hinzuerwirbt[4]. Vereinigen sich dagegen

---

Neuere Inauguralabhandlungen von Sigmund (München 1846), Gordan (Bonnae 1856). Ferner die Lehrbücher von Vangerow II §. 535, Sintenis III S. 716—718, Brinz S. 933—937, Arndts §. 564. 565. Die genannten Specialdarstellungen beziehen sich theilweise ausschließlich auf den Fall der Pupillarsubstitution, oder nehmen doch ihren Ausgang von demselben. Hervorzuheben sind die Darstellungen von v. d. Pfordten und (beide) von Vangerow.

[1] Wenn Zusammenrechnung eintritt, so hat das Einfluß, oder kann Einfluß haben, nicht bloß auf das Maß dessen, was die Vermächtnißnehmer überhaupt erhalten, sondern auch auf die Vertheilung dessen, was sie zusammen erhalten. Wenn bei zwei Erbtheilen von je 400 der erste mit 240, der zweite mit 400 an Vermächtnissen beschwert ist, so erhalten im Fall der Zusammenrechnung der Vermächtnißnehmer im Ganzen 600, im Fall der Trennung nur 540; im Fall der Zusammenrechnung wird den Vermächtnißnehmern des ersten wie des zweiten Erbtheils abgezogen, jenen 15 diesen 25, im entgegengesetzten Fall wird den Vermächtnissen des ersten Erbtheils nichts abgezogen, denen des zweiten 100. Betragen die auf den ersten Erbtheil gelegten Vermächtnisse 400, die auf den zweiten Erbtheil gelegten 600, so erhalten zwar, mag Zusammenrechnung stattfinden oder nicht, die Vermächtnißnehmer zusammen immer 600; aber von den 400, die ihnen im Ganzen abgezogen werden, tragen bei Zusammenrechnung die Vermächtnißnehmer des ersten Erbtheils 160, die des zweiten 240, dagegen im Fall der Trennung die des ersten 100, die des zweiten 300.

[2] Vgl. §. 652 Note 1.

[3] L. 77 D. h. t., §. 1 I. h. t. L. 77 cit. „In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse, non dubitatur. Et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae".

[4] L. 1 §. 15 D. h. t. „Si coheredem meum post aditam heredi-

in der Person eines Erben mehrere Erbtheile, ohne daß einer derselben bereits von einem andern Erben erworben worden war, so ist das Princip, daß Zusammenrechnung eintritt für diejenigen Vermächtnisse, welche dem erwerbenden Erben in eigener Person auferlegt sind, keine Zusammenrechnung für diejenigen, welche er aus der Person eines Fremden trägt[5]; jedoch wird dieses Princip nicht rein durchgeführt. Man unterscheide folgende Fälle.

1. Ein Erbe ist auf mehrere Erbtheile eingesetzt. Hier tritt nach dem Gesagten Zusammenrechnung ein, da die sämmtlichen Vermächtnisse, wenn auch auf die verschiedenen Erbtheile gelegt, doch immer dem Eingesetzten in eigener Person auferlegt sind. Auch das macht keinen Unterschied, daß nicht alle der mehreren Erbeseinsetzungen unbedingt, oder daß sie alle bedingt sind[6].

2. Ein Erbe ist auf einen Erbtheil eingesetzt, auf einen andern substituirt (gemeine, Vulgar-Substitution). Auch hier muß nach dem Gesagten Zusammenrechnung eintreten: und zwar nicht bloß für die dem Erben als Eingesetzten und die ihm als Substituten (auf dem Substitutionsfall) auferlegten Vermächtnisse, sondern auch für die zunächst dem Ersteingesetzten auferlegten, welche mit dem Substitutionserbtheil auf den Substituten übergehen[7], da der Substitut auch die letzteren Vermächtnisse nur kraft des vermuthlichen Willens des Erblassers trägt, so daß doch auch sie wieder ihm selbst auferlegt sind[8].

---

tatem adrogavero, non dubitatur, quin separandae sint portiones perinde atque si coheredi meo heres exstitissem".

[5] Vgl. l. 87 §. 4 D. h. t.: — „quia non suo nomine obligatur".

[6] L. 1 §. 13 l. 11 §. 7 l. 87 §. 3 D. h. t. L. 11 §. 7 cit.: — „aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe an sub diversis condicionibus sit heres institutus".

[7] L. 87 §. 4 D. h. t. Ueber die entgegenstehende l. 1 §. 13 D. h. t. s. die folgende Note.

[8] L. 74 D. de leg. I°. „Licet imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, tamen ita hoc erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas . .". Dieß ist, wie mir scheint, entscheidend gegen die Ansicht derjenigen, welche, in Widerspruch mit der herrschenden Meinung, die mit dem Substitutionserbtheil übergehenden Vermächtnisse getrennt erhalten und allein mit dem Substitutionserbtheil in Vergleich bringen wollen; so nament-

3. Wenn dagegen ein Erbe durch Pupillarsubstitution zu seinem Erbtheil den Erbtheil des miteingesetzten Pupillen hinzuerhält, so tritt zwar ebenfalls Zusammenrechnung ein für die ihm als Eingesetztem und die ihm als Pupillarsubstitutem (auf

---

lich v. d. Pfordten S. 16 fg., Vangerow Lehrbuch a. a. O. Nr. III, Brinz S. 934. Dieser Meinung steht allerdings zur Seite l. 1 §. 13 D. h. t. „Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis . . . Sed ea quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non *quisquis mihi heres erit*". In dieser Stelle werden offenbar die mit dem Substitutionserbtheil übergehenden Vermächtnisse als fremde behandelt; daher der zweite Satz (die Stelle denkt die Substitution als gegenseitige, weßwegen es weder nothwendig ist, „ab eo" auf „coheredis" zu beziehen, noch „si omiserit" zu ändern in „qui omiserit"); der erste Satz enthält die unter Note 12 bezeichnete Milderung. Die Versuche, welche von Seiten der herrschenden Meinung gemacht worden sind, das Gewicht dieser Stelle durch Erklärung zu beseitigen oder doch zu verringern, halte ich für mißlungen. Es wird behauptet, der Schluß der Stelle handele nicht von dem Fall der Substitution, sondern von dem Fall der Anwachsung (so namentlich Hoffmann Sell's Jahrb. I S. 313 fg. 384. 386, Arndts RLex. VI S. 317 und Lehrb. §. 564 Anm. 3), oder dieser Schluß handele nicht von dem Fall der Substitution überhaupt, sondern von dem speciellen Fall, wo der Voreingesetzte erst nach dem Erblasser weggefallen sei (so namentlich Huschke VII S. 194 fg., Pernice p. 22 sqq.). S. gegen diese Versuche Vangerow a. a. O. Andererseits glaube ich aber auch nicht, daß es den Anhängern der entgegengesetzten Meinung gelungen ist, die l. 87 §. 4 cit. (Note 7) zu beseitigen. Sie weisen darauf hin, daß zur Zeit des Verfassers der l. 87 §. 4 cit. der Uebergang der Institutionsvermächtnisse auf den Substituten noch nicht gesetzliche Regel gewesen sei, und daß daher diese Stelle nothwendigerweise von dem Fall ausdrücklicher Wiederholung der Vermächtnisse verstanden werden müsse. Aber konnte nicht auch schon vor dem in l. 74 D. de leg. I° erwähnten Rescript der in diesem Rescript sanctionirte Satz von einzelnen Juristen vertreten sein, und ist die bezeichnete Erklärung überhaupt möglich gegenüber dem Umstand, daß die l. 87 §. 4 cit. von einem Fall spricht, wo die Substitution zugleich Vulgar- und Pupillarsubstitution ist, und daß sie die Vermächtnisse für den Fall, wo der Substitut als Pupillarsubstitut eintritt, als fremde behandelt und ausdrücklich bezeichnet („quia non suo nomine obligatur")? Ueber und gegen eine besondere Ansicht Barons S. 470 fg. s. Vangerow a. a. O. Nach meiner Meinung ist der Widerspruch zwischen beiden Stellen anzuerkennen; die l. 1 §. 13 cit. hat den im Text zu dieser Note bezeichneten Gesichtspunkt nicht beachtet, oder ihm keinen maßgebenden Einfluß zugestehen zu dürfen geglaubt. Ich halte das für inconsequent, und ziehe die entgegengesetzte Entscheidung vor.

den Substitutionsfall) auferlegten Vermächtnisse[9]. Dagegen tritt keine Zusammenrechnung ein für die ihm als Eingesetztem auferlegten, und für die dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse, welche der Erbe als Pupillarsubstitut trägt[10], da er mit ihnen nicht in eigenem Namen belastet ist[11]. Doch tritt ausnahmsweise auch für diese Vermächtnisse Zusammenrechnung dann ein, wenn der Einsetzungserbtheil überschwert ist, während der Pupillarerbtheil es nicht ist, oder wenn der Einsetzungserbtheil mehr überschwert ist, als der Pupillarerbtheil[12]. Sind zugleich Einsetzungs-, Sub-

---

[9] L. 41 §. 6 D. de vulg. 28. 6. „Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset". In dieser Beziehung besteht kein Unterschied zwischen der gemeinen und der Pupillarsubstitution, weil auch die dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse von der väterlichen, nicht von der Kindeserbschaft vergeben sind. S. 559 Num. 8 und §. 652 Note 24a.

[10] L. 11 §. 7 D. h. t.: — „legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus . .". L. 87 §. 4 D. h. t.: — „non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli".

[11] L. 87 §. 4 D. h. t. (Note 10). Er trägt die Vermächtnisse „ut aes alienum quodlibet", l. 11 §. 5 D. h. t.

[12] Ein äußerst zweifelhafter und bestrittener Punkt. Man sollte erwarten, daß in keinem der beiden genannten Fälle Zusammenrechnung eintrete, daß aber der Erbe mit dem Ueberschuß des Pupillarerbtheils den auf ihn angewiesenen Vermächtnissen aufhelfen müsse, wie dieß in den Fällen unter Num. 5 und 6 Rechtens ist. Hiernach würde z. B., wenn der Pupillarerbtheil 400 beträgt, die auf ihn angewiesenen Vermächtnisse 240, der eigene Erbtheil des Erben ebenfalls 400, die auf ihn angewiesenen Vermächtnisse 400, auf die ersten Vermächtnisse 240 fallen, auf die zweiten 300+60=360. Warum zu Gunsten der zweiten Vermächtnisse nicht bloß dem Erben der Ueberschuß des Pupillarerbtheils, sondern auch den ersten Vermächtnissen etwas von dem ihnen Zukommenden genommen werden soll, worauf die Zusammenrechnung führt (in Folge derselben erhalten die ersten Vermächtnisse 3/8, die zweiten 5/8 von 600, also die ersten 225, die zweiten 375), leuchtet nicht ein. Mit dem, was man in dieser Weise erwarten sollte, steht auch nicht in Widerspruch die eine der hierher gehörigen Stellen, l. 87 §. 5 D. h. t „Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres exstiterit, poterit dici, augeri legata, et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset, quiae semper substitutus rationem

stitutions- und Pupillarvermächtnisse vorhanden, so kommen die Substitutionsvermächtnisse bei der Berechnung der Quart zweimal in Betracht, zuerst zusammen mit den Pupillarvermächtnissen gegenüber dem Pupillarerbtheil, sodann zusammen mit den Erbschaftsvermächtnissen gegenüber den vereinigten Erbtheilen[13].

legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet". Denn wenn, wie in dem Fall dieser Stelle die Pupillarvermächtnisse = 0 sind, so ist das Resultat das gleiche, mag man Zusammenrechnung eintreten lassen, oder in dem zuvor bezeichneten Sinn Aushülfe mit dem Ueberschuß, und man hat daher keine Veranlassung, jedenfalls keine Nöthigung, aus dem Vergleich mit der Vulgarsubstitution, welche der Jurist hinzufügt, den Schluß zu ziehen, daß derselbe die Zusammenrechnung für die überhaupt maßgebende Behandlung habe erklären wollen. Dagegen muß sich, wie ich glaube, die Aushülfstheorie gefangen geben gegenüber der l. 87 §. 8 D. h. t. „Coheres pupillo datus si pro parte sua legata, habita legis Falcidiae ratione, praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres exstiterit et semis pupilli legatus exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quae ab ipso et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat . .". Es ist allerdings fraglich, ob nicht statt: *et* semis pupilli exhaustus esset gelesen werden muß *nec*, und in der That hat diese Emendation, welche einst Cujacius vorgeschlagen und dann aufgegeben, jetzt aber Th. Mommsen in seiner Ausgabe wieder aufgenommen hat, aus sachlichen Gründen außerordentlich viel für sich. Aber auch hiermit kommt man nicht weiter, und selbst dann kaum, wenn man, wofür mir der Muth fehlt, annehmen will, der Jurist habe das Maß der Pupillarvermächtnisse sich so gedacht, daß auch in diesem Fall die Zusammenrechnung zu keinem andern Resultat führt, als die Ueberweisung des Ueberschusses des Pupillarerbtheils an die Einsetzungsvermächtnisse (was immer dann der Fall ist, wenn die Pupillarvermächtnisse zusammen mit den Einsetzungsvermächtnissen die Quart der vereinigten Erbtheile nicht verletzen): die Ausdrücke der Stelle gehen zu bestimmt auf Zusammenrechnung — „contributis legatis", „ex integro ratio legis Falcidiae ponenda erit". Hiernach muß auf Grund der l. 87 §. 8 cit. der Satz aufgestellt werden, daß Zusammenrechnung der Pupillar- und der Einsetzungsvermächtnisse in allen Fällen einzutreten hat, wo dieß den letzteren vortheilhaft ist. Noch weiter zu gehen, und Zusammenrechnung auch zu Gunsten der Pupillarvermächtnisse eintreten zu lassen, also auch dann, wenn der Pupillarerbtheil mehr überschwert ist als der Einsetzungserbtheil, nöthigt m. E. die genannte Stelle nicht, da der durchgehende Gedanke derselben lediglich die Vermehrung der Einsetzungsvermächtnisse ist („nec aliter augebuntur legata"). Doch geht die Mehrzahl der Schriftsteller auch so weit. Vgl. überhaupt v. d. Pfordten S. 76 fg., Huschke VII S. 209 fg., Vangerow Arch. XXXVI S. 325 fg. (Lehrbuch Nr. VI. 3. a), Pernice p. 28 sqq.

[13] Ergibt die erste Rechnung Nichtüberschwerung des Pupillarerbtheils

4. Wenn Jemand dadurch mehrere Erbtheile erhält, daß er mehreren Erben substituirt ist, so tritt Zusammenrechnung ein, und zwar nicht bloß bei der gemeinen[14], sondern auch bei der Pupillarsubstitution[15].

---

oder eine geringere Ueberschwerung gegenüber der Ueberschwerung des Einsetzungserbtheils, so tritt nach dem zuvor Gesagten Zusammenrechnung ein. Wird aber auf Grund der ersten Rechnung von dem Pupillarerbtheil selbständig die Quart abgezogen, so kommen die Substitutionsvermächtnisse, so weit sie hier nicht zur Befriedigung gelangt sind, noch einmal zur Hebung gegenüber den vereinigten Erbtheilen, natürlich hier nach Abzug des den Pupillarvermächtnissen Gezahlten und zusammen mit den Einsetzungsvermächtnissen. Denn es läßt sich nicht absehen, warum die Concurrenz mit Pupillarvermächtnissen den Substitutionsvermächtnissen den Anspruch auf den Einsetzungserbtheil entziehen sollte, welcher ihnen bei Nichtvorhandensein von Pupillarvermächtnissen anerkanntermaßen zusteht (Note 9). — Doch gehen die Meinungen hier außerordentlich auseinander. Die meisten Aelteren wollen allerdings die Substitutionsvermächtnisse auf den Pupillarerbtheil beschränken. Nach einer andern Meinung sollen sie umgekehrt auf den Einsetzungserbtheil beschränkt sein, oder doch bei der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Pupillarerbtheil überschwer ist, außer Ansatz bleiben: so unter den Neueren, im Einzelnen mit Abweichungen, Stemann S. 303. 308, Hoffmann Sell's Jahrb. 363 fg. 386 fg. und Arch. a. a. O., Arndts RLex. VI S. 319. Eine dritte Meinung läßt bei Concurrenz von Pupillar- und Substitutionsvermächtnissen durchweg Zusammenrechnung eintreten; so v. d. Pfordten S. 74 fg., Huschke VII S. 215 fg. Die hier vertheidigte Meinung ist von Vangerow (Arch. XXXVI S. 353 fg. und Lehrb. Nr. VI. 3. c) begründet worden; demselben folgen Pernice p. 36 sqq. und Sintenis III §. 215 Anm. 33. Man könnte zwar zweifeln, ob die Substitutionsvermächtnisse dem Pupillarerbtheil ganz zur Anrechnung gebracht werden dürfen, und nicht vielmehr, da sie auch den Einsetzungserbtheil ergreifen, bloß in einem dem Verhältniß des Pupillarerbtheils zu den vereinigten Erbtheilen entsprechenden Betrage. Aber auf diesem Wege würde man dazu gelangen, auch die Einsetzungsvermächtnisse dem Pupillarerbtheil verhältnißmäßig anrechnen zu müssen, da diese in gleicher Weise dem Substitutions- d. h. den Pupillarerbtheil mit ergreifen. Und s. auch l. 11 §. 7 D. h. t.: — „dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto, reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere . .“ (s. Note 10).

[14] Der mehreren Erben vulgariter Substituirte ist gleich einem mehrere Male bedingt Eingesetzten. Diejenigen, welche in dem Fall, wo ein Eingesetzter einem andern Eingesetzten substituirt ist, eine besondere Behandlung für die dem Voreingesetzten auferlegten Vermächtnisse eintreten lassen (Note 8), müssen dieß auch hier thun. Vgl. Vangerow Lehrb. a. a. O. Nr. III a. E.

5. Wenn ein Erbe zu seinem Erbtheil einen andern durch Anwachsung hinzuerwirbt, so tritt zwar nicht Zusammenrechnung ein, es kommt jedoch der Ueberschuß des anwachsenden Erbtheils den Vermächtnissen des eigenen Erbtheils zu Gute[16], nicht aber umgekehrt[17].

6. In derselben Weise kommt, wenn ein Vater zugleich mit seinem Kinde in der Gewalt erbt, den Vermächtnißnehmern des Vaters der Nießbrauch des Erbtheils des Kindes, welchen Nieß-

---

[15] Dieß ist unzweifelhaft für die dem Substituten als solchem auferlegten Vermächtnisse; es sind Vermächtnisse mehrerer bedingten Erbeseinsetzungen. Dagegen ist es nicht unzweifelhaft und ist bestritten für die Pupillarvermächtnisse. A. M. namentlich Vangerow Arch. XXXVII S. 395 fg. und Lehrb. Nr. VI. 4, mit Berufung darauf, daß der Substituirte die Vermächtnisse beider Erbtheile nur alieno nomine trage. Aber entgegensteht l. 14 §. 2 D. h. t. „Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat“. Anzunehmen, wie Vangerow thut, daß die Stelle nur Substitutions-, keine Pupillarvermächtnisse im Auge habe, erscheint mir zu gewagt. Ueberdieß wird ja das bezeichnete Princip bei der Pupillarsubstitution dann nicht durchgeführt, wenn der Vortheil der Vermächtnisse des eigenen Erbtheils es verlangt (Note 12): warum sollte das römische Recht nicht so weit gegangen sein, dasselbe auch fallen zu lassen zu Gunsten der Vermächtnisse eines fremden Erbtheils, so daß dasselbe festgehalten worden wäre nur zum Schutze des Erben in einem eigenen Erbtheil? Also so: die Vermächtnisse des fremden Erbtheils können nichts verlangen von dem eigenen, wohl die Vermächtnisse des eigenen vom fremden, und die des fremden vom fremden. — Die Mehrzahl der Schriftsteller ist für Zusammenrechnung, namentlich auch, aber gewiß mit Unrecht, mit Berufung auf den Ausspruch der l. 11 §. 6 D. h. t.: „plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis“ (vgl. Vangerow XXXVII S. 371 fg.). Sonstige Meinungen bei: v. d. Pfordten S. 89 fg., Hoffmann Sell's Jahrb. S. 357 fg. 369, Arndts RLex. VI S. 319 fg., Pernice p. 66 sqq.

[16] Ueber den Unterschied zwischen dieser Art der Behandlung und der Zusammenrechnung s. Note 12.

[17] L. 78 D. h. t. „Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus exstiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem: si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum perineret, a quo defecta fieret“.

brauch der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt erwirbt, zu Gute[18].

II. Von einzelnen Vermächtnissen im Besonderen.

A. Vermächtniß von individuell bezeichneten Sachen*.

§. 654.

1. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Erblassers, so wird der Vermächtnißnehmer mit Antritt der Erbschaft sofort Eigenthümer derselben (§. 646). Daß der Erblasser irrthümlicherweise das Eigenthum einem Andern zugeschrieben hat, thut der Gültigkeit oder Wirksamkeit des Vermächtnisses keinen Eintrag[1]. — Der Vermächtnißnehmer erhält die vermachte Sache so, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers ist; Veränderungen, welche mit ihr nach Errichtung des Vermächtnisses vor sich gehen, mehren und mindern das Recht des Vermächtnißnehmers[2], es müßte denn durch die Veränderung die Identität der Sache aufgehoben sein[3]. Doch ist in der einen und der anderen Beziehung im

Vgl. Vangerow Lehrb. a. a. O. Nr. V, Arndts §. 564 Anm. 2. Keinen Widerspruch für das praktische Resultat kann l. §. 14 D. h t. begründen, da diese Stelle auf das von ihr erwähnte kaiserliche Rescript selbst kein Gewicht legt. Uebrigens ist es nicht unwahrscheinlich, das diese Stelle sich ursprünglich nicht auf die Anwachsung, sondern auf die caducorum vindicatio bezogen hat. Vgl. v. der Pfordten S. 10 fg., Huschke VII S. 200 fg.

[18] L. 21 §. 1 D. h. t.

* Roßhirt II S. 133 fg., Arndts RLex. VI S. 324 fg. Forts. von Glück XLVI S. 120 fg., Unger §. 67. §. 654.

[1] §. 11 I. de legat. 2. 20, Arndts I §. 172 Note 9. Fortsetz. von Glück S. 152 fg.

[2] L. 16 D. de leg. III°, l. 24 §. 2 D. de leg. I°; l. 8 pr. l. 24 §. 2 D. de leg. I°, l. 10 D. de leg. II°; §. 19 I. de legat. 2. 20; l. 44 §. 4 D. de leg. I°, l. 39 D. de leg. II°, l. 79 §. 2 D. de leg. III° (vgl. Note 4, Arndts S. 122 Note 43, Unger §. 67 Note 7); l. 19 pr. D. de instr. 33. 7. L. 8 pr. l. 24 §. 3 D. de leg. I°, l. 22 D. eod. L. 24 §. 4 D. de leg. I°, l. 65 §. 2 D. eod.

[3] L. 6 §. 1 D. de auro 34. 2: — „nam qui fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, immo quodammodo exstinctum sit". L. 65 §. 2 D. de leg. I°. „Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit, ut nihil ex pristina materia supersit, tamen di-

gegebenen Fall auf die erkennbare Willensmeinung des Erblassers Rücksicht zu nehmen[4]. — Liegen auf dem vermachten Grundstück Grunddienstbarkeiten, so muß der Vermächtnißnehmer das Grundstück mit diesen nehmen[5]; über den Fall, wo die beschwerte Sache mit dinglichen Rechten anderer Art belastet ist, s. die folgende Num. Ebenso fallen dem Vermächtnißnehmer die auf der Sache liegenden obligatorischen Belastungen zur Last[6].

2. Steht die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten, so ist zu unterscheiden, ob der Erblasser dies gewußt hat, oder nicht. Hat der Erblasser es nicht gewußt, so kann der Vermächtnißnehmer die Sache nur fordern, wie sie ist; d. h. er kann Herausgabe des Besitzes verlangen, wenn der Beschwerte im Besitz ist, aber er hat weder einen Anspruch wegen Entwehrung, noch irgend einen Anspruch, wenn der Beschwerte nicht im Besitz ist[7]. Hat dagegen der Erblasser gewußt, daß die vermachte Sache im Eigenthum eines Dritten stehe, so ist der Beschwerte

---

cemus utile manere legatum. At si ea domu destructa aliam eodem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum". L. 24 §. 4 D. de leg. I°, l. 88 §. 2 D. de leg. III°, l. 88 pr. §. 1. 3 eod., l. 44 §. 2. 3 D. de leg. I°, l. 49 pr. D. de leg. II°. Vgl. 1) I §. 187 Note 2° 5; 2) III §. 639 Note 4 §. 640 Note 5.

4 L. 44 §. 4 D. de leg. I°. — „Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutarit voluntatem". L. 44 §. 2. 3 eod. L. 65 §. 2 D. de leg. I° (Note 3): — „nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum". Auch l. 79 §. 1 D. de leg. III° (Note 2) wird hierher zu beziehen sein. Vgl. überhaupt Sintenis III 212 Anm. 12, Unger §. 67 Note 6. 7.

5 L. 69 §. 3 D. de leg. I°, l. 70 §. 1 l. 116 §. 4 eod., l. 66 §. 6 D. de leg. II°, l. 18 D. de serv. 8. 1.

6 Noxalansprüche, l. 70 pr. D. de leg. I°, l. 45 §. 2 in Verbindung mit §. 1 D. eod. Abgaben, d. h. die für die Zukunft verfallenden; die rückständigen muß ihm der Beschwerte ersetzen. L. 39 §. 5 D. de leg. I°. Vgl. I §. 220 Note 6.

7 §. 4 I. de leg. 2. 20, l. 67 §. 8 D. de leg. II° (Note 17), l. 77 §. 8 eod. Es wird hier gegenüber dem wirklichen Willen des Erblassers sein eigentlicher zur Geltung gebracht, — „forsitan enim, si scisset alienam, non legasset" (§. 4 I. cit.) Dieß kann man auch so ausdrücken: das Vermächtniß ist unwirksam wegen ermangelnder Voraussetzung; oder auch so: es ist ungültig (anfechtbar) wegen Irrthums. Vgl. §. 636 Note 2, §. 633 Note 22, und Unger §. 67 Note 11, Arndts S. 182. Seuff. Arch. XVII. 72.

verpflichtet, sie durch Erwerb von diesem dem Vermächtnißnehmer zu verschaffen[8], oder wenn ihm der Erwerb nicht oder nur zu einem übermäßigen Preis möglich ist, ihren Werth in Geld zu ersetzen[9]. Ist es streitig, ob der Erblasser das fremde Eigenthum gekannt hat, so hat den Beweis der Vermächtnißnehmer, nicht der Beschwerte zu führen[10]. Doch ist die eine und die andere der aufgestellten Regeln nur Auslegungsregel; und so kann sehr wohl im gegebenen Fall der Vermächtnißnehmer auch bei Irrthum des Erblassers auf Verschaffung der Sache haften[11], wie umgekehrt bei Nichtirrthum nicht auf Verschaffung[12]. —

---

[8] §. 4 I. de leg. 2. 20, §. 1 I. de sing. reb. 2. 24, l. 39 §. 7 de leg. I°, l. 10 C. de leg. 8. 37. In diesem Fall haftet daher der Beschwerte auch wegen Entwehrung. Die entgegengesetzte Meinung, welche neuerdings wieder von Bachofen Pfandrecht I S. 129 fg. vertheidigt worden ist, entbehrt der Begründung; s. gegen dieselbe Neuner heredis institutio ex re certa S. 257 Anm. 27, Bekker Jahrb. d. gem. R. VI S. 253 fg., Arndts S. 165 fg. Ob freilich l. 71 §. 1 D. de leg. I° von einem andern Fall, als dem eines genus legatum zu verstehen sei, bleibt mir, wie Bekker, zweifelhaft. — Ueber c. 5 X. de testam. 3. 36 s. Arndts S. 158 fg.

[9] §. 4 I. de leg. 2. 20, l. 71 §. 3 D. de leg. I°, l. 14 §. 2 l. 30 §. 6 D. de leg. III°. Vgl. 634 Note 5, §. 647 Note 5.

[10] §. 4 I. de leg. 2. 20, l. 21 D. de probat. 22. 3.

[11] L. 10 C. de leg. 6. 37: — „quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse“. Die „proxima persona“ ist nur beispielsweise zu verstehen. S. andererseits l. 77 §. 8 D. de leg. II°, wo ein einem Sohne gegebenes Vermächtniß einer fremden Sache nicht aufrechterhalten wird: dann aber wieder l. 72 D. ad SC. Treb. 36. 1. Es kommt eben Alles auf die Auslegung des Willens im gegebenen Fall an. Arndts S. 156 fg. Vgl. noch l. 39 pr. D. de fideic. lib. 40. 5.

[12] So ist es eine außerordentlich nahe liegende Auslegung, daß, wenn der Erblasser die vermachte Sache zu fordern hat, er nur Abtretung des Forderungsrechts gewollt habe, l. 39 §. 3 D. de leg I°, vgl. l. 76 eod. In demselben Sinne entscheidet l. 71 §. 6 D. de leg. I°, daß, wenn Jemand ein Grundstück vermache, welches in seinem superficiarischen Recht steht, anzunehmen sei, daß er nur dieses superficiarische Recht habe vermachen wollen. Wenn ferner Jemand eine Sache vermacht, an welcher ein Anderer das Miteigenthum hat, so entsteht die Frage, ob er nicht die Sache nur soweit habe vermachen wollen, als sie sein ist. L. 5 §. 2 D. de leg. I°. „Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed *meum* nominaverit, portionem deberi constat“. Vgl. l. 24 D. de instr. 33. 7, l. 30 §. 4 l. 68 pr. D. de leg. III°. Arndts S. 183 fg. Seuff. Arch. V. 40.

Hört die vermachte Sache nach Errichtung des Vermächtnisses auf, im Eigenthum des Erblassers zu stehen, so liegt, wenn dieß durch Veräußeruug geschieht, in derselben im Zweifel ein Widerruf des Vermächtnisses[13]; tritt dagegen der Eigenthumsverlust gegen den Willen des Erblassers ein, so darf im Zweifel nicht angenommen werden, daß derselbe nicht Fortbestand des Vermächtnisses gewollt habe[14]. Kommt umgekehrt die zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses fremde Sache hinterher in das Eigenthum des Erblassers, so hat das Vermächtniß die gleiche Wirkung, als wenn die Sache von Anfang an eine eigene des Erblassers gewesen wäre[15]. — Wie das Vermächtniß einer fremden Sache wird auch das Vermächtniß einer Sache behandelt, auf welcher ein fremdes Pfandrecht, eine fremde Emphyteuse oder Superficies, oder ein fremder Nießbrauch liegen; d. h. der Vermächtnißnehmer bekommt die Sache, wie sie ist, wenn der Erblasser das beschwerende Recht nicht gekannt hat, wogegen er im entgegengesetzten Fall verlangen kann, das die Sache ihm frei von dem beschwerenden Recht geliefert werde[16].

---

[13] L. 15. 18. 24 §. 1 l. 25 D. de adim. 34. 4, l. 11 §. 12 D. de leg. III°, §. 12 I. de leg. 2. 20. Den Beweis, daß in der Veräußerung kein Widerruf liege, hat zwar der Bedachte zu führen; die Beweiskraft von Umständen aber, welche für den Bedachten sprechen, muß der Beschwerte durch Gegenbeweis beseitigen, l. 11 §. 12 cit.: „necessitate urgente". Vgl. Unger §. 67 Note 4. — Im Wiedererwerb der Sache liegt im Zweifel kein Widerruf des Widerrufs. L. 15 l. 27 pr. D. de adim. 34. 4. Zu l. 27 §. 1 eod. vgl. l. 26 eod. (Fein Fortf. von Glück XLIV S. 247 fg.), zu l. 79 §. 3 D. de leg. III° Arndts §. 569 Anm. 3.

[14] Weil nicht einmal in der Veräußerung nothwendig eine Zurücknahme des Vermächtnisses liegt. S. Note 13.

[15] Arndts S. 121. RLex. VI S. 328. Man darf nicht etwa sagen, daß für den Fall, wo der Erblasser die Sache für die seinige gehalten hat, die regula Catoniana entgegenstehe. Das Verhältniß ist nicht das gleiche, wie wenn der Erblasser eine eigene Sache des Vermächtnißnehmers vermacht hat (Note 21). In diesem letzteren Falle ist das Vermächtniß ungültig, weil seine Ausführung objectiv unmöglich ist; in unserem Fall ist es, wenn überhaupt ungültig, und nicht bloß unwirksam (I §. 97 Note 5), insofern ungültig, als gegenüber dem wirklichen Willen des Erblassers sein eigentlicher zur Geltung gebracht wird (I. §. 97), und der eigentliche Wille des Erblassers geht darauf, daß die Sache in demjenigen Zustande geleistet werden solle, in welchem sie zur Zeit seines Todes ist. Vgl. l. 10 D. de leg. II° (Note 2) und §. 638 Note 14. Arndts RLex. VI S. 309 Note 253.

[16] §. 5 I. de leg. 2. 20, l. 57 D. de leg. I°, l. 6 C. de fideic. 6. 42;

3. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Beschwerten, so kann der Vermächtnißnehmer dieselbe selbst dann fordern, wenn der Erblasser sie für die seinige gehalten hat[17]. Ebenso muß der Beschwerte, wenn er ein Pfandrecht, eine Emphyteuse, eine Superficies oder einen Nießbrauch an der vermachten Sache hat, dieselbe frei von diesen Rechten selbst dann leisten, wenn der Erblasser diese Rechte nicht gekannt hat[18]. Für den Fall, wo der Erblasser das Eigenthum des Beschwerten gekannt hat, macht sich übrigens auch hier die zu Note 12 bezeichnete Auslegungsfrage geltend[19].

3. Steht die vermachte Sache im Eigenthum des Vermächtnißnehmers, so ist das Vermächtniß ungültig[20], und wird auch dadurch nicht gültig, daß der Vermächtnißnehmer die Sache hinterher veräußert, es müßte denn das Vermächtniß ein bedingtes sein[21].

---

l. 66 §. 6 D. de leg. II°. Nach dem Wortlaut der letzten Stelle (Note 23) ist der Erbe zur Befreiung der vermachten Sache von einem auf ihr liegenden Nießbrauch unbedingt verpflichtet; aber daß in ihrem Sinne die Beschränkung auf den Fall des Wissens des Erblassers hinzuzudenken ist, muß um so mehr angenommen werden, als sie mit dem Nießbrauch das Pfandrecht zusammenstellt. Vgl. Arndts S. 130 fg., Dernburg Pfandr. I S. 129 fg.; a. M. Bachofen Pfandr. I S. 126. Ueber die cit. l. 57 D. de leg. I° s. Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 393 fg., Arndts S. 136 fg., Th. Mommsen in seiner Pandektenausgabe; auch I §. 233[a] Note 1.

[17] L. 67 §. 8 D. de leg. II°. „Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. Quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem". Vgl. auch l. 59 D. de evict. 21. 2. Arndts S. 193 fg. Seuff. Arch. V. 39.

[18] L. 26 D. de leg. II°, l. 76 §. 2 eod. Arndts S. 127 fg.

[19] In gleicher Weise kann, wenn der Erblasser gewußt hat, daß dem Beschwerten eines der bezeichneten Rechte an der vermachten Sache oder ein Forderungsrecht auf dieselbe zustehe, gefragt werden, ob nicht der Wille des Erblassers darauf gerichtet war, daß der Vermächtnißnehmer nur dieses Recht erhalten solle.

[20] Wegen Unmöglichkeit der Erfüllung (§. 634 Note 4). L. 13 C. de leg. 6. 37, §. 10 I. de leg. 2. 20, l. 82 §. 2 i. f. D. de leg. II°, l. 37 pr. D. de leg. III°.

[21] Gemäß der Catonianischen Regel (§. 638), §. 4 I. de leg. 2. 20,

Ist aber die vermachte Sache mit einem Pfandrecht, einer Emphyteuse, einer Superficies oder einem Nießbrauch belastet, so hat das Vermächtniß insoweit Bestand, daß der Beschwerte verpflichtet ist, die Sache von diesen Rechten zu befreien[22], vorausgesetzt, wenn dieselben nicht dem Erblasser oder dem Beschwerten zustehen, daß der Erblasser sie gekannt hat[23]. Mit der gleichen Maßgabe hat das Vermächtniß auch dann Bestand, wenn der Vermächtnißnehmer zwar Eigenthümer ist, aber sein Eigenthum der Anfechtung oder dem Rückfall unterliegt; der Beschwerte muß ihn dann

---

l. 41 §. 2 D. de leg. I°, l. 98 D. de cond. 33. 1. Ueber l. 1 §. 2 D. de reg. Cat. 34. 7 (wo die Worte „si eum vivo testatore alienaveris" die dem Vermächtniß gesetzte Bedingung bezeichnen) vgl. §. 638 Note 14; s. auch l. 18 D. de leg. III°. Arndts S. 224—229.

[22] Der Vermächtnißnehmer kann sie fordern, so weit sie nicht sein ist. L. 71 §. 5 D. de leg. I°. „Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. Et Iulianus l. XXXVIII. Dig. scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum". L. 86 pr. D. de leg. I°. „Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur". Vgl. auch l. 43 §. 3 eod. Ueber l. 66 §. 6 D. de leg. II° s. die folgende Note. — Den bezeichneten Rechten dürfen nicht die Grunddienstbarkeiten gleichgestellt werden. Denn nach der hier maßgebenden Anschauung erscheint die mit einer Grunddienstbarkeit belastete Sache nicht als eine theilweise fremde, s. Note 5.

[23] Nach dem unter Num. 2 und 3 Gesagten. Wenn die bezeichneten Rechte einem Fremden zustehen, so ist, wenn der Erblasser sie nicht gekannt hat, nicht anzunehmen, daß er den Beschwerten mit der Verpflichtung habe belasten wollen, sie anzukaufen. Durch Beziehung auf den Fall der Unkenntniß des Erblassers will Vangerow §. 525 Anm. 2 Nr. 3 auch den Widerspruch der l. 66 §. 6 D. de leg. II° beseitigen. „Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est, ab herede . . .; enimvero fundo relicto (abgesehen von dem Grundstück selbst) ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus vel aliena possessio est . . . Sin autem res mea mihi legetur, legatum propter istas causas non valebit". Aber nach dem in Note 16 Gesagten muß diese Stelle umgekehrt von einem wissenden Erblasser verstanden werden. Andere Vereinigungsversuche bei Vangerow a. a. O., Arndts S. 235 fg. Ich erkenne mit der herrschenden Meinung (Bachofen Pfandr. I S. 134 fg., Mommsen Beiträge I S. 156 fg. Note 4, Dernburg Pfandr. I S. 135 fg.) den Widerspruch an; Papinian stößt sich daran, daß das Vermächtniß wegen eines Nebensächlichen („ob reliquas praestationes") bestehen solle, da es in der Hauptsache keinen Bestand hat. Daß für die Anwendung

gegen den Verlust seines Eigenthums sichern[24]. Geht auf die vermachte Sache eine Forderung, so ist wenn der Erblasser diese Forderung kannte, als sein Wille anzusehen, daß der Vermächtnißnehmer von derselben befreit werden solle[25]. — Erwirbt der Vermächtnißnehmer das Eigenthum der vermachten Sache nach Errichtung des Vemächtnisses, so kann er aus dem Vermächtniß Ersatz der Opfer fordern, mit denen der Erwerb für ihn verbunden war[26].

5. Die hier aufgestellten Grundsätze gelten auch, wenn eine Sachgesammtheit vermacht worden ist. Namentlich ist auch hier im Zweifel als Wille des Erblassers anzusehen, daß der Vermächtnißnehmer den Vermächtnißgegenstand so erhalten solle, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers ist[27].

B. Vermächtniß von generisch bezeichneten Sachen.

§. 655.

1. Vermächtniß von Sachen einer gewissen Art, welche im Nachlaß vorhanden sind. Dieser Fall schließt sich unmittelbar an den Fall des Vermächtnisses einer Sachgesammtheit (§. 654 Num. 5) an; der Unterschied ist nur der, daß in diesem Fall die vermachten Sachen keine Einheit für die Vorstellung bilden. Das Eigenthum

---

die entgegengesetzte freiere Entscheidung vorzuziehen ist, scheint mir nicht zweifelhaft, und damit stimmt im Resultat auch die herrschende Meinung überein. Vgl. außer den Genannten noch Roßhirt II S. 161 fg., Arndts RLex. VI S. 329; a. M. Sintenis §. 217 Anm. 16, Brinz S. 874.

[24] L. 82 §. 1 D. de leg. I°. „Si ex bonis eius, qui reipublicae causa aberat, rem usu adquisierim, et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere".

[25] L. 39 §. 2 D. de leg. I°. Kannte der Erblasser die Forderung nicht, so kann der Vermächtnißnehmer selbst dann nicht Befreiung verlangen, wenn die Forderung dem Erblasser selbst zustand. Denn die Belastung einer Sache mit einer Forderung bewirkt ebenso wenig theilweise Fremdheit derselben, wie die Belastung mit einer Grunddienstbarkeit. L. 45 §. 1. 2 l. 70 pr. §. 1 D. de leg. I°. A. M. Arndts S. 231 fg. (RLex. S. 329).

[26] S. §. 639 Note 4.

[27] §. 18 I. de leg. 2. 20. „Si grex legatus fuerit, posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiciuntur, legato cedere Iulianus ait; est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus..". L. 21.

geht auch hier auf den Vermächtnißnehmer unmittelbar über[1]. Welche Sachen zu der bezeichneten Art gehören, ist eine Auslegungsfrage; die in dieser Beziehung in den Quellen vorkommenden Regeln können heutzutage nur insofern angewendet werden, als die deutsche Sprache Ausdrücke besitzt, welche den lateinischen vollkommen entsprechen[2]. Geht das Vermächtniß nicht auf alle Sachen der bezeichneten Art, sondern auf eine beschränkte Zahl derselben, so steht die Wahl dem Vermächtnißnehmer zu[3], so jedoch, daß er nicht das Beste wählen darf[4].

2. Vermächtniß von generisch bezeichneten Sachen ohne Beschränkung auf die im Nachlaß befindlichen Sachen dieser Art[5].

---

22 D. de leg. I°, l. 28 D. quando dies 36. 2; l. 91 §. 2 D. de leg. III°; l. 7 pr. D. de auro 34. 2.

§. 655. [1] Nach der Regel des §. 646.

[2] Dig. 33. 6 de tritico vino vel oleo legato. 33. 7 de instructo vel instrumento legato. 33. 9 de penu legata. 33. 10 de suppellectile legata. 34. 2 de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. L. 79 §. 4 D. de leg. III° („mobilia"); l. 65 §. 4 — l. 66 l. 81 §. 2—5 eod. (Vermächtniß von Thieren); l. 81 §. 1 eod. („mulieres"). Vermächtniß des vorhandenen oder des in einer bestimmten Casse vorhandenen Geldes: l. 30 §. 6 l. 34 §. 4 l. 51 l. 108 §. 10 D. de leg. I°, l. 1 §. 7 D. de dote prael. 33. 4. Vgl. Roßhirt II S. 47—81. 113—119, Arndts S. 206 fg. Seuff. Arch. II. 360 („Mobiliarvermögen").

[3] Eben weil er Eigenthümer wird. §. 22 I. de leg. 2. 20. „Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit". L. 108 §. 2 D. de leg. I°, l. 71 eod., l. 2 §. 1 l. 12 D. de opt. leg. 33. 5, vgl. l. 20 §. 1 l. 34 §. 14 D. de leg. I°, l. 19. 23 D. de leg. II°. Anders war es im classischen Recht im Fall des Damnationslegates und des Fideicommisses, nach der für Obligationen geltenden Regel (II §. 255 Note 19. §. 294 Note 2). Ulp. XXIV. 14, arg. l. 109 §. 1 D. de leg. I°; vgl. l. 32 §. 1 l. 47 §. 3 D. de leg. I°, l. 43 §. 3 D. de leg. II°, l. 29 §. 1 D. de leg. III°. Arndts RLex. VI S. 342. Lehrb. §. 579 Anm. 2, Vangerow II §. 549 Anm. 1, Brinz, S. 894 fg. Seuff. Arch. XVII. 73.

[4] L. 37 pr. D. de leg. I°. Ebenso darf der Beschwerte, wenn ihm die Wahl gegeben ist, nicht das Schlechteste wählen, l. 110 D. de leg. I°. Seuff. Arch. XVII. 73.

[5] Ohne Beschränkung: eine solche liegt nicht in jeder Bezeichnung. L. 96 pr. D. de leg. I°. „Quidam testamento vel codicillis ita legaverat: *aureos quadringentos Pamphilae dari volo, ita ut infra scriptum est: ab Iulio actore aureos tot, et in castris quos habeo tot, et in numerato quos habeo tot.* Post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summae in alios usus translatae essent: quaero an debeatur fideicommissum. Respondi: verosimilius est, patremfamilias demonstrare potius

Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der Fall des Vermächtnisses einer Geldsumme[6]. An diesen Fall schließt sich der Fall des Vermächtnisses anderer vertretbarer Sachen an. Sind nicht-vertretbare Sachen in dieser Weise vermacht[7], so entsteht die Frage ob nicht das Vermächtniß wegen mangelnder Bestimmtheit ungültig ist[8]. Diese Frage liegt noch näher, wenn zwar vertretbare Sachen, aber ohne Angabe der Quantität vermacht worden sind; in diesem Fall wird nur unter ganz besonderen Umständen für die Gültigkeit entschieden werden dürfen. In allen[9]

heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadringenti Pamphilae debebuntur". S. andererseits l. 108 §. 10 D. de leg. I°, l. 1 §. 7 D. de dote prael. 33. 4, l. 8 §. 2 D. de leg. II°. Windscheid Voraussetzung S. 135. O. Müller de falsa demonstratione Comm. I p. 14 sqq. (akad. Programm 1861).

[6] Vermächtniß einer Geldsumme in Werthpapieren: Arndts S. 220 fg. Seuff. III. 351, XIX. 172; XI. 62, XVII. 73. Wiederholung des Vermächtnisses einer Geldsumme: l. 34 §. 3. 4 D. de leg. I°, l. 12 D. de prob. 22. 3, vgl. l. 34 §. 5. 6 D. de leg. I°. Arndts S. 212 fg.

[7] S. g. legatum generis.

[8] Es ist zuerst zuzusehen, ob das Vermächtniß nicht auf die im Nachlaß vorhandenen Sachen dieser Art gedeutet werden kann; ist dieß nicht zulässig, „magis derisorium est quam utile legatum". So entscheidet l. 71 pr. D. de leg. I° für den Fall, wo ein Haus „(domus) vermacht worden ist; s. ferner l. 69 §. 4 D. de I. D. 23. 3 („fundus"). Aber man darf nicht sagen, daß das legatum generis in allen Fällen ungültig sei. „Wenn z. B. einem Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein paar gute Wagenpferde, einem Landmann ein paar gute Zugochsen oder Milchkühe, ein neuer Pflug oder Erntewagen vermacht würde u. dgl. mehr, wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden? und aus welchem vernünftigen Grunde? Und so wird auch, wenn Jemandem ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadtgegend, so wie es seinem Stande und Bedürfnisse angemessen ist, vermacht wäre, schwerlich sich ein Richter entschließen können, und mit Recht, dieß Vermächtniß als unwirksam zu behandeln". Arndts RLex. VI S. 334. S. auch §. 633 Note 15. b. Vgl. noch Vangerow §. 549 Anm. z. A., Brinz S. 872 fg.

[9] Auch hier aber ist zuzusehen, ob nicht das Vermächtniß auf die im Nachlaß vorhandenen Sachen dieser Art gedeutet werden kann. L. 7 pr. D. de tritico 33. 6. „Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant. Labeo id probat, idque verum est". Diese Auslegung

Fällen kommt, soweit bei Gültigkeit des Vermächtnisses noch eine Unbestimmtheit bleibt, diese dem Beschwerten zu Gute; er, nicht der Vermächtnißnehmer, hat die Entscheidung[10].

C. Vermächtniß von dinglichen, das Eigenthum beschränkenden Rechten.

§. 656.

1. Begründung eines solchen Rechts durch Vermächtniß[1]. Der Erblasser kann dasselbe an seiner Sache vermachen; dann erwirbt es der Vermächtnißnehmer unmittelbar mit Antritt der Erbschaft[2]. Er kann es auch an einer fremden Sache vermachen; dann ist der Beschwerte verpflichtet, es dem Vermächtnißnehmer zu verschaffen, vorausgesetzt daß der Erblasser nicht die fremde Sache für die seinige gehalten hat, oder daß die Sache eine Sache

---

war für die Römer bei der Artikellosigkeit der lateinischen Sprache leichter, als sie für uns ist; aber daß sie bei uns unmöglich sei, ist zuviel behauptet. Unger §. 70 Anm. 1, Arndts S. 205 fg. A. M. Vangerow §. 550 Nr. 3, Brinz S. 898.

[10] Weil der Vermächtnißnehmer hier nur ein Forderungsrecht hat. L. 3 pr. l. 4 D. de tritico 33. 6, l. 75 (vgl. l. 50 §. 3) D. de leg. I°. L. 3 pr. cit. „Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit". Seuff. Arch. IX. 320.

§. 656. [1] Dig. 33. 2 de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. Dig. 33. 3 de servitute legata. §. 4 I. de serv. 2. 3, §. 1 I. de usufr. 2. 4. Emphyteuse und Superficies: I §. 221 Note 4. §. 223 Note 12. Pfandrecht: l. 1 C. comm. de leg. 6. 43 (— „cum . . hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare"), l. 26 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 D. de ann. 33. 1, l. 12 D. de alim. 34. 1. Die beiden zuletzt genannten Stellen handeln von der fideicommissarischen Anordnung eines Pfandrechts („voluit"). Eine besondere Ansicht über die geschichtliche Entwickelung der Bestellung eines Pfandrechts durch Vermächtniß bei Dernburg Pfandr. I S. 281 fg.; dawider v. Scheurl krit. VJSchrift II S. 454 fg. Vgl. überhaupt Roßhirt II S. 168 fg., Arndts RLex. VI S. 334 fg.

[2] Vgl. §. 646. — Doch wird derjenige, welchem verbrauchbare Sachen zum Nießbrauch vermacht worden sind, Eigenthümer erst durch Tradition des Beschwerten. L. 7 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 1 §. 17 D. ut leg. 36. 3. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 126 fg.

des Beschwerten ist[3]. Das Besondere, was für das Vermächtniß einer persönlichen Dienstbarkeit in Betreff des Anfalls gilt, ist bereits §. 642 Note 12 bemerkt worden; hier ist hinzuzufügen, daß, wenn eine persönliche Dienstbarkeit für unterbrochene Zeiten vermacht wird, dieß nicht als Ein Vermächtniß, sondern als eine Mehrheit von Vermächtnissen behandelt wird[4]. Auch in der Weise kann ein Recht an fremder Sache durch Vermächtniß begründet werden, daß die Sache mit Vorbehalt des Rechts[5], oder daß dem Einen die Sache, dem Andern das Recht vermacht wird[6].

---

[3] Vgl. §. 654 Num. 2. 3.

[4] Wie das Rentenvermächtniß (§. 660 Note 3). L. 1 pr. D. quando dies ususfr. 7. 3. „Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies: aliter atque si cui vel in menses vel in dies vel in annos singulos quid legetur, tunc enim per dies singulos vel menses vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur vel in singulos, an semel cedat. Et puto, non cedere simul, sed per tempora adiecta, ut plura legata sint; et ita l. IV. Dig. Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est“. L. 1 §. 3 l. 2 §. 1 l. 28 D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4, l. 11. 13 D. de usu et ususfr. 33. 2. Vgl. I §. 216 Note 11, III §. 645 Note 2. 4.

[5] §. 1. I de ususfr. 2. 4, l. 6 pr. D. eod. 7. 1, l. 66 §. 7 D. de leg. II°, l. 4 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 14 C. de usufr. 3. 33. Der juristische Vorgang ist näher so zu denken, daß der Eigenthümer in Einem Acte das Eigenthum der Sache vergibt und die Sache belastet. Vgl. I §. 212 Note 12.

[6] Auch in diesem Fall begründet der Erblasser durch sein Vermächtniß Etwas, was bis dahin nicht dagewesen ist; er vermacht nicht etwa ein abgezogenes Stück des Eigenthums. S. die vorige Note. — In den Quellen findet sich die Entscheidung, daß, wenn dem Einen die Sache, dem Andern der Nießbrauch vermacht werde, der Nießbrauch Beiden gemeinschaftlich werde (l. 3 §. 2 l. 9 D. de ususfr. accr. 7, 2, l. 6 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 19 l. 26 §. 1 D. de usu et usufr. 33. 2), und Modestin (l. 19 cit.) will diese Entscheidung sogar in dem Fall aufrechterhalten, wo ein gegentheiliger Wille des Erblassers erkennbar vorliegt. „Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit (l. fuit), ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur; nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu do lego*, vel *Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato:* quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum (l. quod actum) sit“. Modestin war also der Meinung, daß die bezeichnete Vermächtnißerklärung als ein Ausdruck des wirklichen Ver-

2. Vermächtniß eines bestehenden Rechts an fremder Sache. Der Erblasser kann in dieser Weise sein eigenes Recht vermachen, oder ein fremdes; im ersten Fall geht das vermachte Recht mit dem Antritt der Erbschaft unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über[7], im zweiten Fall erhält der Vermächtnißnehmer ein Forderungsrecht auf Verschaffung des vermachten Rechts, vorausgesetzt daß nicht der Erblasser irrthümlicher Weise sich selbst für den Berechtigten gehalten hat, oder daß der Berechtigte der Beschwerte ist[8]. Ist nur die Ausübung des vermachten Rechts übertragbar, so kann die Verschaffung wenigstens dieser verlangt werden[9].

3. Durch das Vermächtniß eines Rechts an fremder Sache an den Eigenthümer der Sache selbst erhält derselbe, wenn das vermachte Recht ein Recht des Erblassers ist, unmittelbar Befreiung, sonst eine Forderung auf Befreiung[10].

D. Vermächtniß von Obligationen.

§. 657.

1. Begründung einer Forderung durch Vermächtniß. Von diesem Fall ist hier nichts Besonderes zu sagen[1].

2. Vermächtniß einer bestehenden Forderung[2]. Ist dieselbe eine eigene des Erblassers, so geht sie mit Antritt der Erbschaft

---

mächtnißwillens nicht angesehen werden könne. Da das nun aber jedenfalls für unsere sprachliche Auffassung offenbar unrichtig ist, so wüßte ich nicht, was uns heutzutage abhalten könnte, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Im Zweifel wird aber gewiß angenommen werden müssen, daß der Erblasser durch das Vermächtniß des Nießbrauchs das Vermächtniß der Sache habe beschränken wollen. Vgl. Francke observationes de iure legatorum et fideicommissorum spec. I cap. 2 (1832), Brinz S. 901, Unger §. 71 Note 5; a. M. Schneider Anwachsungsrecht S. 296 fg., Vangerow §. 554 Num. 3.

[7] L. 71 §. 6 D. de leg. I°, l. 1 §. 7 D. de superfic. 43. 18.

[8] Vgl. §. 646. 654 Num. 2. 3.

[9] Was I §. 205 für die Veräußerung des Nießbrauchs unter Lebenden gesagt worden ist, muß auch für die Veräußerung auf Todesfall gelten.

[10] L. 71 §. 5 l. 86 §. 4 D. de leg. I°, l. 1 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3.

§. 657. [1] Vgl. §. 647. 648. Roßhirt II S. 220 fg.

[2] S. g. legatum nominis, nomen legatum. Haubold de legato nominis (opusc. academica I p. 497 sqq.). Roßhirt II S. 228 fg., Arndts RLex. VI S. 336 fg. Seuff. Arch. XV. 145.

unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über[3]; für den Fall des Vermächtnisses einer fremden Forderung gilt das Gleiche, wie für das Vermächtniß fremder Sachen und fremder dinglicher Rechte. Besteht die vermachte Forderung nicht, so erhält der Vermächtnißnehmer Nichts, und im Zweifel selbst dann nicht, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Forderung, sondern das Verschuldete bezeichnet worden ist[4]. Wird die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers erfüllt, so erhält der Ver-

---

[3] Nach dem Recht der Cession, vgl. II §. 330. Actio mandata: §. 21 I. de leg. 2. 20, l. 44 §. 6 l. 75 §. 2 i. f. l. 105 D. de leg. I°, l. 10 D. de lib. leg. 34. 3. Actio utilis: l. 18 C. de leg. 6. 37.

[4] L. 75 §. 1. 2 de leg. I°, l. 25 D. de lib. leg. 34. 3. In diesen Stellen wird das Vermächtniß eines als verschuldet bezeichneten Gegenstandes bei Nichtbestand der Forderung schlechthin für hinfällig erklärt. Aber es wird die Möglichkeit zuzugeben sein, daß der Erblasser mit der Hinzufügung des Verschuldetseins „demonstrare potius heredibus voluit, unde centum sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam condicionem legato inicere" (vgl. l. 96 pr. D. de leg. I°). Die deutsche Sprache bietet hier in dem Artikel ein Hülfsmittel der Interpretation, welches der lateinischen abging. Ist eine Quantität mit Hinzufügung des Artikels vermacht („die Hundert, welche mir Titius schuldig ist), so kann allerdings kein Zweifel daran aufkommen, daß der Erblasser für den Fall des Nichtverschuldetseins Nichts hat vermachen wollen. Vgl. Windscheid Voraussetzung S. 132 fg., Brinz S. 903 fg., Vangerow §. 555 Anm. Nr. 1, O. Müller de falsa demonstratione institutioni vel legato adiecta Comm. II (akad. Programm 1865) p. 15 sqq. 27 sqq. 30. — Ist der vermachte Gegenstand nur alternativ verschuldet, so hängt es in dem regelmäßigen Fall, wo der Schuldner die Wahl hat, von dem Belieben desselben ab, ob der Vermächtnißnehmer etwas erhalten soll oder nicht — „ex eventu solutionis legatum valet". L. 50 §. 1 D. de leg. II°, l. 7 §. 4 D. de leg. I°, vgl. §. 3 eod. Für den Fall, wo der eine der alternativ verschuldeten Gegenstände dem Einen, der andere einem Andern vermacht ist, ergibt sich eine doppelte Möglichkeit der Betrachtung. Man kann einmal sagen, daß der Erblasser es vom Erfolg habe abhängig machen wollen, welcher der beiden Vermächtnißnehmer wirklich etwas erhalte; so l. 50 §. 1 D. de leg. II°. Erwägt man aber andererseits, daß der Erblasser gewußt hat, daß die Forderung nur einen der beiden genannten Gegenstände gewähren werde, so kommt man zu dem Resultat, daß er denjenigen, welchen sie nicht gewähren werde, schlechthin habe vermachen wollen; so l. 76 D. de leg. I°. Die gleiche Entscheidung findet sich für die Correalobligation, l. 82 §. 5 D. de leg. I°, l. 13 pr. D. de leg. II°. Vgl. Arndts RLex. VI S 337 und Lehrb. §. 576 Nr. 1 a. E., Fitting die Natur der Correalobligationen S. 158 fg. 183 fg.

mächtnißnehmer das dadurch an den Erblasser Gelangte[5], es müßte denn den Umständen nach eine Willensänderung des Erblassers anzunehmen sein[6]; im Uebrigen verliert mit dem Untergang der Forderung auch das Vermächtniß seinen Bestand[7].

3. Vermächtniß einer bestehenden Forderung an den Schuldner selbst, Vermächtniß der Schuldbefreiung[8]. Der Vermächtnißnehmer erhält Befreiung oder ein Forderungsrecht auf Befreiung, je nachdem er Schuldner des Erblassers oder eines Dritten ist[9], das Eine und das Andere natürlich nur in dem Umfang, in welchem der Erblasser es ihm hat zuwenden wollen[10]. Ist er

---

[5] Gewiß dann, wenn als Vermächtnißgegenstand nicht die Forderung als solche, sondern der Forderungsgegenstand bezeichnet worden ist; daraus, daß der Erblasser diesen Gegenstand nicht hat vermachen wollen, wenn er ihn nicht zu fordern hat, folgt nicht, daß er ihn auch für den Fall nicht hat vermachen wollen, wo er ihn nicht mehr als einen zu fordernden hat. Aber auch wenn als Vermächtnißgegenstand die Forderung als solche bezeichnet worden ist, muß im Zweifel das Gleiche angenommen werden; der Vermächtnißwille geht im Zweifel nicht auf die Forderung in dieser ihrer juristischen Existenz, sondern auf die Forderung als Vermögensstück, in seiner gegenwärtigen und zukünftigen Gestalt. S. die Citate in der folgenden Note.

[6] L. 11 §. 13 l. 64 D. de leg. III°. Vgl. Brinz S. 904. 905, Unger §. 72 Anm. 2.

[7] §. 21 I. de leg. 2. 20, l. 65 §. 2 l. 82 §. 5 D. de leg. I°, l. 21 pr. §. 1 D. de lib. leg. 34. 3.

[8] Legatum liberationis, liberatio legata. Dig 34. 3 de liberatione legata. Roßhirt II S. 276 fg., Arndts RLex. VI S. 338 fg.

[9] Von dem letzten Fall handeln l. 8 pr. l. 11 l. 24 D. h. t.; über den ersten s. z. B. §. 13 I. de leg. 2. 20, l. 3 §. 3 l. 7 §. 1 l. 22. 25 D. h. t., l. 17 C. de fideicomm. 6. 42. Wenn diese Stellen auch den Schuldner des Erblassers selbst auf eine von dem Erben zu erlangende Schuldbefreiung verweisen, so hat das seinen Grund theils in dem indirecten Ausdruck des Erlaßwillens (Damnationslegat, Fideicommiß), theils in der mangelnden Form des directen. Der erste Grund besteht bereits für das Justinianische, der zweite für das heutige Recht nicht mehr. Vgl. Unger II §. 124 Note 20. Uebrigens ist das, was die genannten Stellen über den Anspruch auf Schuldbefreiung (acceptilatio) sagen, auch heutzutage in dem Sinne anwendbar, daß der Schuldner vom Erben eine förmliche Erklärung über die geschehene Befreiung verlangen kann, so wie Herausgabe der Schuldurkunde und Löschung im Hypothekenbuch. Denn das Forderungsrecht begleitet die unmittelbare Wirkung des Vermächtnisses hier, wie in jedem anderen Fall (§. 647).

[10] Der Wille des Erblassers kann möglicherweise nicht auf Aufhebung der ganzen Obligation, sondern nur eines Theils derselben gehen, l. 7 pr. D. h. t.,

Nichts schuldig, so erhält er Nichts, und im Zweifel selbst dann nicht, wenn als Gegenstand des Vermächtnisses nicht die Schuld, sondern das Verschuldete bezeichnet worden ist[11]. Durch Untergang der Schuld bei Lebzeiten des Erblassers erlischt das Vermächtniß[12].

Schuldvermächtniß.

§. 658.

Zu unterscheiden von dem Forderungsvermächtniß und von dem Schuldbefreiungsvermächtniß ist das Schuldvermächtniß, d. h. das Vermächtniß dessen, was Jemand schuldig ist, an den Gläubiger[1]. Das Schuldvermächtniß ist unter keinen Umständen das Vermächtniß einer Obligation, sondern immer das Vermächtniß eines Leistungsgegenstandes zum Zweck der Tilgung einer Obligation. Daher gereicht es dem Vermächtnißnehmer zum Vortheil

---

§. 13 I. de leg. 2. 20. Er kann möglicherweise nicht auf vollständige Aufhebung der Obligation gehen, sondern nur auf Abschwächung derselben nach dieser oder jener Richtung hin; in diesem Falle wird der Schuldner auch nach heutigem Recht gegen die Forderung des Erben durch Einrede geschützt. L. 20 pr. D. h. t., l. 2 pr. l. 3 §. 3 l. 10 eod., l. 8 §. 1. 2 eod.

[11] L. 75 §. 2 init. D. de leg. I° („decem quae mihi Titius debet lego"), l. 25 D. h. t. Zwar macht die letzte Stelle Schwierigkeit; aber das Resultat derselben kann, namentlich auch nach dem Bericht, welchen die Basiliken von ihrem Inhalt geben, nicht zweifelhaft sein. Der bezeichneten Schwierigkeit gegenüber hilft man sich jetzt gewöhnlich durch Setzung eines? hinter die Worte „sed poterit hoc dici . . damnas esto non petere", s. namentlich Arndts in seiner Inauguraldissertation: ad legem 25 D. de liberatione legata, Berol. 1825. Th. Mommsen in seiner Ausgabe emendirt: quod si nihil debeat, *inutile legatum est*, *certe* poterit hoc dici, si ita legavit *cett.*" indem er annimmt, daß die Worte „poterit dici . . posse sed" eine hinaufgezogene Wiederholung des Folgenden (etiam illud temptari potest *cett.*") seien. Vgl. Roßhirt II S. 294 fg., Arndts RLex. VI S. 339, Vangerow II. §. 555 Anm. Nr. 2, O. Müller (Note 4) p. 12 sqq. — Auch in diesem Fall aber ist die Möglichkeit zuzugeben, daß der Erblasser die Hinweisung auf das Verschuldetsein nur demonstrationis causa hinzugefügt habe. Vgl. Note 4 und die Citate das.

[12] L. 7 §. 4 l. 21 pr. §. 1 D. h. t. In der Einziehung der Forderung durch den Erblasser liegt in diesem Fall entschieden ein Widerruf des Vermächtnisses. Vgl. Unger §. 72 Note 6.

[1] S. g. legatum debiti, debitum legatum. Roßhirt II S. 300 fg., §. 658.
Arndts RLex. VI S. 337 fg.

nur so weit, als es ihm etwas gibt, was die Forderung ihm nicht gewährt[2]. Hat er Nichts zu fordern, so ist zu unterscheiden, ob ihm ohne nähere Bestimmung die Schuld, oder ob ihm mit hinlänglich genauer Bezeichnung das Verschuldete vermacht worden ist; im ersten Fall erhält er Nichts, im zweiten Fall erhält er den bezeichneten Gegenstand, trotzdem daß er ihn nicht zu fordern hat[3]. — Eine besondere Art des Schuldvermächtnisses ist das Vermächtniß der Dos an denjenigen, welcher sie zu fordern hat[4].

---

[2] Im Uebrigen ist das Vermächtniß, wie die Quellen sagen, inutile. L. 11 D. de lib. leg. 34. 3. — „Respondit, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione". L. 25 eod.: — „nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur". L. 13. 14. 28 §. 13 eod., l. 28. 29 D. de leg. I°, l. 82 pr. D. de leg. II°, l. 1 §. 10 l. 57 l. 81 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, §. 14 I. de leg. 2. 20.

[3] L. 75 §. 1 D. de leg. I°, l. 88 §. 10 D. de leg II°, l. 25 i. f. l. 28 §. 14 D. de lib. leg. 34. 3, l. 2 C. de falsa causa 6. 44; §. 15 I. de leg. 2. 20, l. 1 §. 8 l. 6 D. de dote prael. 33. 4, l. 40 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 3. 5 C. de falsa causa 6. 44. Die Hinzufügung des Verschuldetseins, heißt es in diesen Stellen, sei nur demonstratio. Das ist näher so zu denken: wenn das Vermächtniß Bestand hat in dem Falle, wo die Forderung abgeschwächt ist, z. B. durch Bedingung, Befristung, Einrede (s. die Stellen der vorigen Note), so muß es auch Bestand haben, wenn die Forderung gar nicht existirt. Oder: da der Bedachte das ihm Vermachte, wenn er Gläubiger ist, ohnehin erhält, so ist als Wille des Erblassers anzusehen, daß er es auch dann erhalten solle, wenn er Gläubiger nicht ist. Nahe liegt zwar die Idee, daß das Vermächtniß aufrechterhalten werde auf Grund der in demselben enthaltenen Anerkennung der Schuld, und diese Idee wird wirklich vertreten von Bähr Anerkennung S. 103. 104. 202 (112. 220). Aber ich finde für diese Auffassung in den Quellen keinen Anhalt. Von den Stellen, auf welche sich Bähr beruft, l. 1 §. 5 l. 11. 16 D. de dote prael. 33. 4, bezieht sich die zweite auf ein legatum liberationis, über die beiden anderen s. Note 5. Die (von Bähr auch wirklich gezogene) Consequenz dieser Auffassung wäre, daß das Vermächtniß keinen Bestand habe, wenn das Vorhandensein der Schuld vom Erblasser irrthümlicherweise angenommen worden ist.

[4] Dig. 33. 4 de dote praelegata. Bechmann das römische Dotalrecht S. 417 fg. Czyhlarz das römische Dotalrecht S. 465 fg. Der Vortheil, welchen das Dotalvermächtniß gegenüber der Dotalforderung nach Justinianischem Recht gewährt, besteht lediglich in dem Wegfall der gesetzlichen Restitutionsfrist, l. 1 §. 2 D. h. t. L. 5 D. h. t. ist jedenfalls nach Justinianischem Recht bedeutungslos; im Uebrigen vgl. noch Czyhlarz S. 466 fg.

Wenn in diesem Fall eine Dos nicht verschuldet wird, so erhält der Vermächtnißnehmer nicht nur dann Nichts, wenn ihm im Allgemeinen die Schuld, sondern auch dann, wenn ihm ohne nähere Bestimmung die Dos vermacht worden ist[5]; wogegen er das als Dos mit hinlänglich genauer Bezeichnung Vermachte erhält, wenngleich er es als Dos nicht zu fordern hat[6].

E. Vermächtniß einer Rechtsgesammtheit.

§. 659.

Bei dem Vermächtniß einer Rechtsgesammtheit, d. h. einer als Einheit gedachten Mehrheit von Rechten und Verpflichtungen, ist die entscheidende Frage die, ob durch dieses Vermächtniß Gesammt- oder bloß Sondernachfolge begründet wird, d. h. ob die Einheit als solche auf den Vermächtnißnehmer übergeht, oder ob derselbe die einzelnen Rechte erhält, als wenn sie ihm als einzelne vermacht worden wären, mit der Verpflichtung zur Uebernahme der zu der Rechtsgesammtheit gehörigen Verbindlichkeiten. Das römische Recht hat diese Frage ursprünglich lediglich im Sinne der Sondernachfolge entschieden, im Laufe der Zeit aber für Einen Fall, allerdings den wichtigsten unter allen hierher gehörigen Fällen, für das Vermächtniß der Erbschaft selbst, eine Ausnahme zu Gunsten der Gesammtnachfolge gemacht. Damit aber hat dieser Fall eine so besondere Natur angenommen, daß es zweckmäßig erscheint, ihn von den übrigen Vermächtnißfällen auch in der äußeren Anordnung der Darstellung zu trennen. Das Vermächtniß, welches zum Gegenstand eine andere Rechtsgesammtheit als die vom Erblasser hinterlassene Erbschaft hat, begründet auch nach Justinianischem und nach heutigem Recht lediglich Sondernachfolge[1], und nur für das Soldatentestament wird eine Ausnahme zugelassen[2].

---

[5] L. 37 §. 5 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 pr. §. 5. 6. 7 l. 16 D. h. t., §. 15 I. de leg. 2. 20.

[6] L. 1 §. 8 l. 6 D. h. t., l. 40 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 3. 5 C. de falsa dem. 6. 44, §. 15 I. de leg. 2. 20.

[1] So namentlich das Vermächtniß eines Peculium (Dig. 33. 8 de peculio legato), ein Vermächtnißfall, welcher bei den Römern von großer praktischer Bedeutung war, während er heutzutage fast ohne irgend welche ist (vgl. II §. 484 Note 4). Vermächtniß eines Handelsgeschäftes: l. 77. §. 16 §. 659.

Wird ein Nießbrauch an einer Rechtsgesammtheit, und speciell an der Erbschaft vermacht[3], so erhält der Vermächtnißnehmer den Nießbrauch nur am reinen Vermögen[4]. Ist der Nießbrauch an einem Theil des Vermögens vermacht, so kann der Erbe nach seiner Wahl auch den Nießbrauch an einer dem Werth dieses Theils entsprechenden Geldsumme gewähren[5].

F. Renten- und Alimentenvermächtniß.

§. 660.

1. Rentenvermächtniß[1], Vermächtniß einer terminlich wiederkehrenden Leistung; dieselbe hat zum Inhalt am Häufigsten, aber nicht nothwendig, Geben von Geld[2]. Das Eigenthümliche des Rentenvermächtnisses besteht darin, daß es nicht Ein Vermächtniß ist, sondern eine Mehrheit von Vermächtnissen, von denen ein jedes besonders anfällt[3]. Daraus folgt nament-

---

D. de leg. II° Vermächtniß einer fremden an den Erben gelangten Erbschaft: l. 17 §. 1 l. 27 §. 9. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. §. 663 Note 5.

[2] L. 16 §. 6 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[3] Vgl. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 85 fg.

[4] L. 43 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 69 D. ad SC. Treb. 36. 1. Ueber die Auswahl der zur Schuldentilgung zu verwendenden Sachen vgl. die guten Bemerkungen von Bürkel S. 116 fg. Auch was der Erblasser dem Erben selbst verschuldete, kann dieser abziehen: Seuff. Arch. XV. 18, vgl. II §. 352 Note 4.

[5] L. 32 §. 8 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 26 §. 2 D. de leg. I°. Gegen die Ausdehnung dieses Satzes auf den Fall, wo der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft vermacht ist (so z. B. Brinz S. 902), s. Bürkel S. 96 fg., und vgl. l. 34 §. 2 D. de usufr. 7. 1, l. 37 D. de usu et usufr. 33. 2.

§. 660. [1] Dig. 33. 1 de annuis legatis et fideicommissis. — Roßhirt II S. 98 fg. Arndts RLex. VI S. 330 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 41.

[2] Der Inhalt kann auch ein wechselnder sein. L. 11 D. quando dies 36. 2. „Nec refert, singuli aurei in annuos singulos legentur, an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum“.

[3] L. 10. 12 pr. D. quando dies 36. 2. „Cum in annos singulos legatur, non unum legatum esse sed plura constat, nec semel diem eius cedere, sed per singulos annos“. L. 1 pr. eod. (§. 656 Note 4), l. 20 D. eod., l. 4 D. h. t. (Note 5), l. 11 eod.

lich[4], daß das Rentenvermächtniß die Lebensdauer des Vermächtnißnehmers nicht überschreitet[5]; jedoch kann der Erblasser das Gegentheil anordnen[6], wie er umgekehrt das Rentenvermächtniß auch auf kürzere Zeit beschränken kann[7]. Von dem Rentenvermächtniß ist daher wohl zu unterscheiden das Vermächtniß einer in Terminen auszuzahlenden Summe oder Quantität[8]. Der Anfall der einzelnen Vermächtnisse, aus welchen das Rentenvermächtniß besteht, erfolgt, wenn der Erblasser nicht das Gegentheil angeordnet hat, mit Anbruch, nicht mit Ablauf der bezeichneten Zeitperiode[9].

2. Eine besondere Art des Rentenvermächtnisses bildet das Alimentenvermächtniß[10], das Vermächtniß des Lebensunterhaltes, d. h. des zur Fristung des Lebens Erforderlichen[11]. Hat der Erblasser über das Maß der zu gewährenden Alimente nichts bestimmt, so ist vor Allem darauf zu sehen, ob er nicht dem Bedachten, oder vielleicht einem andern mit ihm in der gleichen Lage Befindlichen, schon bei seinen Lebzeiten Alimente gewährt hat, dann auf die Nähe des Verhältnisses, in welchem der Erb-

---

4 Namentlich: s. außerdem l. 11 D. h. t., l. 12 §. 2 D. quando dies 36. 2.

5 L. 4 D. h. t. „Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium condicionale; videri enim hanc inesse condicionem *si vivat*, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire“. L. 8 eod., l. 10 D. de cap. min. 4. 5. l. 1. §. 16 D. ad leg. Falc. 35. 2.

6 L. 22 C. de leg. 6. 37. „In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed etiam eius heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et eorum heredum heredibus conservari pro voluntate testatoris praecipimus“. L. 65 D. de V. S. 50. 16.

7 L. 20 D. quando dies 36. 2.

8 L. 12 §. 4 l. 20 l. 26 §. 2 D. quando dies 36. 2, l. 3 D. h. t.

9 L. 5. 8. 22 D. h. t., l. 12 §. 1 D. quando dies 36. 2. l. 1 C. eod. 6. 53; 12 §. 5 D. quando dies 36. 2.

10 D. 34. 1 de alimentis vel cibariis legatis. Roßhirt II S. 81 fg. Arndts RLex. VI S. 332 fg.

11 L. 6. 7. 23 D. h. t. L. 6 cit.: — „quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur, nisi aliud testatorem sensisse probetur“. Mögliche Beschränkung auf bestimmte Lebensbedürfnisse: l. 21 D. h. t. Seuff. Arch. III. 84.

lasser zum Bedachten steht, auf den Stand desselben, auf die Größe des hinterlassenen Vermögens[12]. Hat der Erblasser über die Dauer der Alimentenleistung keine Bestimmung getroffen, so ist anzunehmen, daß die Alimente auf Lebenszeit hinterlassen sind[13]. — Für das Alimentenvermächtniß gelten kraft positiver Bestimmung eine Reihe von besonderen Sätzen. a) Es kann auch einem Unfähigen hinterlassen werden[14]. b) Ist es „bis zur Pubertät" hinterlassen, so dauert es bis zum vollendeten 18. bez. 14. Jahre[15]. c) Eine allgemeine Zurücknahme berührt dasselbe nicht[16]. d) Dadurch, daß der Beschwerte etwas durch Anwendung des Falcidischen Gesetzes verliert, wird es nicht gemindert[17]. e) S. ferner II §. 414 Note 11 und §. 650 Note 8 a. E.

G. Wahlvermächtniß *.

§. 661.

Der Ausdruck Wahlvermächtniß bezeichnet im Allgemeinen ein Vermächtniß, bei welchem es von einer zu treffenden Wahl abhängt, was der Vermächtnißnehmer erhält. Im Besonderen gehört hierher das Vermächtniß eines nur der Art nach bestimmten Gegenstandes, von welchem in Beziehung auf vermachte Sachen bereits §. 655 die Rede gewesen ist; sodann das alternative Vermächtniß, das Vermächtniß des einen oder des andern von mehreren individuell oder generisch bestimmten Gegenständen. Sowohl bei dem generischen als bei dem alternativen Vermächtniß steht die Wahl dem Bedachten oder dem Beschwerten zu, je nachdem das Vermächtniß eine dingliche oder eine obligatorische Berechtigung begründet[1]. Doch hat der Wahlberechtigte nicht

---

[12] L. 22 pr. D. h. t., l. 14 §. 2 eod., l. 14. D. de annuis 33. 1.

[13] — „constat . . alimenta cum vita finiri", l. 8 §. 10 D. de transact. 2. 15. L. 15 pr. D. h. t., l. 26 §. 2 D. quando dies 36. 2.

[14] L. 11 D. h. t., l. 3 pr. D. de his quae pro non scr. 34. 8. Arndts Forts. von Glück XLVI S. 432 fg.

[15] L. 14 §. 1 D. h. t.

[16] L. 18 §. 3 D. h. t.

[17] S. §. 650 Note 5. Zu l. 77 §. 1 D. de leg. II° vgl. Hasse Rhein. Mus. III S. 388 fg.

§. 661. * Dig. 33. 5 de optione vel electione legata. — Roßhirt II S. 6 fg. Arndts RLex. VI S. 333 fg. 341 fg. Vangerow II §. 550. Unger §. 76.

[1] Für das generische Vermächtniß s. §. 655 Note 3. 10. Für das alter-

immer unbedingt freie Hand: wenn aus einem bestimmten Kreise von Erbschaftssachen eine oder mehrere vermacht sind, so darf der Bedachte das Beste, und darf der Beschwerte das Schlechteste nur dann wählen, wenn ausdrücklich das Aussuchen gestattet ist[2]. Die Wahl kann gültig nicht vor Antritt der Erbschaft[3], und muß vom Bedachten binnen einer ihm auf Anfordern des Beschwerten richterlich zu stellenden Frist getroffen werden; wählt der Bedachte innerhalb dieser Fristung nicht, so erhält er Nichts[4]. Die einmal getroffene Wahl ist, wenn das Vermächtniß ein dingliches Recht gibt, definitiv[5]; für den Fall, wo der Vermächtnißnehmer nur Gläubiger wird, gelten die II §. 225 angegebenen Grundsätze[6]. Leistung in Unkenntniß des Wahlrechts nimmt dem Beschwerten das Wahlrecht nicht[7], wohl dem Bedachten Empfang

---

native: l. 34. §. 14 D. de leg. I⁰, l. 19. 23 D. de leg. II⁰; l. 47 §. 3 l. 109 §. 1 D. de leg. I⁰, l. 19 D. de leg. II⁰, vgl. l. 43 §. 3 D. eod., l. 29 §. 1 D. leg. III⁰.

[2] Auf diesen Fall geht der Ausdruck optio oder electio legata speciell. L. 2 pr. D. h. t., l. 37 pr. l. 110 D. de leg. I⁰.

[3] L. 16 D. h. t.

[4] L. 6. 7. 8 pr. l. 13 §. 1 l. 17 D. h. t. Diese Stellen, wie die in der vorigen Note genannten, beziehen sich zwar nur auf die eigentliche optio legata; doch geht man wohl nicht zu weit, wenn man sie verallgemeinert. — Was den Beschwerten angeht, s. II §. 255 Note 11. Ist demselben vom Erblasser aufgegeben worden, sich in gewisser Frist zu entscheiden, so ist das im Zweifel so zu verstehen, daß bei Nichtentscheidung innerhalb dieser Frist das Wahlrecht auf den Bedachten übergehen soll, l. 11 §. 1 D. de leg. II⁰.

[5] Mit der Wahl hat der Vermächtnißnehmer, was er haben soll; das Vermächtniß ist erfüllt. L. 20 D. h. t. „Apud Aufidium libro primo rescriptum est, cum ita legatum est: *vestimenta quae volet triclinaria sumito sibique habeto*, si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere“.

[6] Vgl. außer der a. a. O. genannten l. 84 §. 9 D. de leg. I⁰ noch l. 11 §. 1 D. de leg. II⁰.

[7] L. 19 §. 3 l. 32 §. 3 D. de cond. ind. 11. 6. Diese Stellen handeln zwar nur von der Leistung des obligatorisch Verpflichteten; aber von der Leistung des dinglich Verpflichteten muß das Gleiche gelten. Er hat den Empfänger zum Eigenthümer gemacht in der irrigen Voraussetzung, daß derselbe es bereits sei. — L. 19 i. f. D. de leg. II⁰ erklärt sich aus der Eigenthüm-

in Unkenntniß der ihm zustehenden Wahlberechtigung[8]. Tod des Bedachten hebt sein Wahlrecht nicht auf; dasselbe geht auf seine Erben über[9]. Ist das alternative Vermächtniß nach der einen oder der anderen seiner Richtungen des Ueberganges auf die Erben nicht fähig[10], und der Bedachte hat die Wahl, so verwandelt es sich in der Hand des Erben in ein einfaches Vermächtniß; hat der Beschwerte die Wahl, so braucht derselbe nun nichts zu leisten[11]. Zwischen mehreren Wahlberechtigten, die sich nicht vereinigen können, entscheidet das Loos[12]. Soll die Wahl durch einen Dritten getroffen werden, und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so geht das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer selbst über[13].

---

lichkeit des Damnationslegats, Gai. II. 283, Ulp. XXIV. 33, §. 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Unger §. 76 Anm. 7; anders Vangerow §. 550 a. E.

[8] L. 19 D. de leg. IIº. „Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet. . .". Das Gleiche muß gelten für den Fall obligatorischer Berechtigung; das römische Recht gestattet dem Vermächtnißnehmer nicht, geltend zu machen, daß er kraft einer irrigen Voraussetzung aus seinem Vermächtniß nicht herausgezogen habe, was er aus demselben hätte herausziehen können.

[9] Anders war es nach vorjustinianischem Recht bei dem Vermächtniß des Aussuchens; dasselbe wurde von einem persönlichen Aussuchen des Vermächtnißnehmers verstanden. Dieß hat Justinian aufgehoben, §. 23 I. de leg. 2. 20, l. 3 pr. C. comm. 6. 43.

[10] Es ist in einer seiner Richtungen bedingt, oder hat ein an die Person gebundenes Recht zum Gegenstand.

[11] Die Quellen (l. 14 §. 1 l. 16 l. 25 pr. D. quando dies, vgl. l. 21 D. de usu et usufr. 33. 2) gewähren hier übrigens kein reines Resultat, und so sind die Ansichten verschieden. Vgl. Arndts RLex. VI S. 343, Vangerow §. 550 a. E., Unger §. 76 Anm. 1, Arndts Pand. §. 579 Anm. 4.

[12] So schrieb Justinian für den Fall der eigentlichen optio legato vor, mit dem Hinzufügen, daß derjenige, für welchen das Loos entscheide, seine Genossen in Geld zu entschädigen habe. L. 3 pr. C. comm. de leg. 6. 43, §. 23 I. de leg. 2. 20. Die Uebertragung der Justinianischem Bestimmung auf andere Fälle des Wahlvermächtnisses unterliegt wohl keinem Anstand.

[13] Auch diese Vorschrift hat Justinian unmittelbar nur für den Fall der eigentlichen optio legata gegeben, l. 3 §. 1 C. comm. de leg. 6. 43, mit dem Hinzufügen, daß in diesem Fall der Vermächtnißnehmer nicht das Beste wählen dürfe.

III. Das Erbschaftsvermächtniß (Universalfideicommiß*).

Einleitung.

§. 662.

Der hauptsächliche Grund, aus welchem es sich empfiehlt, die Darstellung des Erbschaftsvermächtnisses von der Darstellung der übrigen Vermächtnißarten zu trennen, ist bereits bezeichnet worden (§. 659). Das Erbschaftsvermächtniß vergibt nicht eine Summe von Einzelheiten, sondern die Erbschaft als solche, und rückt damit in seiner Wirkung ganz nahe an die Erbeseinsetzung hinan. Hierzu kommt, daß das Erbschaftsvermächtniß in seinem Bestande unabhängig ist von dem Erwerbwillen des Beschwerten, was in diesem Maße von keinem andern Vermächtnisse gilt. — Beide Eigenthümlichkeiten des Erbschaftsvermächtnisses gehören übrigens nicht dem ursprünglichen römischen Rechte an, sondern sind, und zwar im Zusammenhang mit der Fideicommißlehre, erst in der Kaiserzeit ausgebildet worden[1]. Auf diesem Zusammenhang mit der Fidei-

---

* Inst. 2. 23 de fideicommissariis hereditatibus. Dig. 36. 1 Cod. 6. 49 ad Senatusconsultum Trebellianum — Roßhirt I S. 120 fg. Heimbach RLex. IV S. 286 fg. (1843).

[1] Für das fideicommissum hereditatis wurde die erste der bezeichneten §. 662.
Eigenthümlichkeiten eingeführt durch das SC. Trebellianum (l. 1 §. 1. 2 D. h. t., unter Nero), die zweite durch das SC. Pegasianum (unter Vespasian). Das SC. Pegasianum nahm aber zugleich die Anordnung des Trebellianum für den Fall zurück, daß das fideicommissum hereditatis auf Mehr als $^3/_4$ der Erbschaft gehe. Dieß hat Justinian aufgehoben, und dabei zugleich bestimmt, daß die andere aufrechterhaltene Bestimmung des Pegasianum als in dem Trebellianum enthalten angesehen werden solle, so daß in der Compilation der Name des Pegasianum nicht mehr vorkommt. Gai. II. 247 sqq., Ulp. XXV. 14 sqq., §. 3 sqq. I. h. t., Const. *Tanta* §. 6. Das legatum hereditatis blieb auch nach diesen Gesetzen dem gewöhnlichen Recht der Vermächtnisse unterworfen. Justinian aber hat durch l. 2 C. comn. de leg. 6. 43 den Unterschied zwischen legatum und fideicommissum für das Erbschaftsvermächtniß nicht weniger beseitigt, als für die Singularvermächtnisse, und das Erbschaftsvermächtniß als solches unter das günstigere Fideicommißrecht gestellt. Zwar ist dieß nicht allgemein anerkannt, (dawider namentlich Roßhirt I S. 133 fg.); aber es wird schon dadurch bewiesen, daß in den Institutionen allein von dem fideicommissum hereditatis, und zwar in einem besonderen Titel, die Rede ist, während des legatum hereditatis nur im Präteritum gedacht wird (§. 5 I h. t.). S. auch l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Daß in den Pandekten nicht jede Erwähnung des legatum here-

commißlehre beruht auch die heutzutage gewöhnlich für das Erbschaftsvermächtniß gebrauchte Bezeichnung Universalfideicommiß.

A. Errichtung des Erbschaftsvermächtnisses.

§. 663.

Für die Errichtung des Erbschaftsvermächtnisses und die Erfordernisse ihrer Gültigkeit gelten keine anderen Grundsätze, als bei den Vermächtnissen überhaupt. Namentlich ist auch bei dem Erbschaftsvermächtniß eine ausdrückliche Erklärung des Vermächtnißwillens nicht erforderlich[1]. Auferlegt werden kann das Erbschaftsvermächtniß sowohl dem Intestat- als dem Testaments- und Vertragserben[2], aber auch dem Erbschaftsvermächtnißnehmer selbst, d. h. auch das dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auferlegte Vermächtniß, die Erbschaft weiter zu geben, steht unter den eigen-

---

datis getilgt ist (l. 39 pr. D. de vulg. 28. 6, l. 15. 23. 26 §. 2 l. 27. 104 §. 7 D. de leg. I°, l. 8 §. 5 l. 9 D. de leg. II°, l. 22 §. 5 D. h. t.), enthält keinen Gegenbeweis; den Namen zu vermeiden, war kein Grund vorhanden, und soweit jene Stellen mit dem Fideicommißrecht nicht vereinbar sind (l. 26 §. 2 l. 27 D. de leg. I°, l. 8 §. 5 l. 9 D. de leg. II°), liegt in der Aufnahme derselben kein größeres Versehen, als die Compilatoren an vielen anderen Stellen begangen haben; möglich auch, daß sie aufgenommen worden sind um Anwendung zu finden in solchen Fällen, wo der Erblasser durch unzweideutige Willenserklärung an den Tag gelegt habe, daß er ein Erbschaftsvermächniß im Sinne des alten legatum hereditatis angeordnet haben wolle. Denn daß dieß nach Justinianischem Rechte zulässig geblieben ist, und im heutigen Rechte zulässig ist, darf freilich nicht bezweifelt werden (vgl. l. 6 pr. — §. 4 D. h. t.). Vgl. v. Löhr Mag. f. RW. und u. Gesetzgeb. IV S. 90. 94 fg., Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX S. 268 fg., Arndts RLex. VI S. 322 fg., Mayer Legate §. 12. 13 a. E., Vangerow II §. 556 Anm., Unger §. 20 Anm. 6 §. 54 Anm. 4. Ueber die Geschichte des Erbschaftsvermächtnisses überhaupt s. Mayer a. a. O. §. 10—13.

§. 663. [1] Vgl. §. 633 Note 10. So liegt in dem Gebot an den Erben, eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen, die Anordnung eines Erbschaftsvermächtnisses zu Gunsten dieser Person, in dem Verbot, ein Testament zu errichten, die Anordnung eines Erbschaftsvermächtnisses zu Gunsten der Intestaterben des Erben. L. 17 pr. § 2 D. h. t., l. 114 §. 6 D. de leg. I°, l. 70 §. 2 D. de leg. II°; l. 74 pr. D. h. t., vgl. l. 77 §. 24 D. de leg. II°. S. ferner l. 69 pr. D. de leg. II°, l. 29 pr. D. h. t., §. 3 I. quib. mod. test. infirm. 2. 17, und vgl. §. 552 Note 5 fg., §. 553 Note 6 fg., §. 554 Note 19, §. 561 Note 3. S. auch Hasse Rhein. Mus. II S. 509 fg.

thümlichen Grundsätzen des Erbschaftsvermächtnisses[3]. Den Gegenstand des Erbschaftsvermächtnisses kann die ganze Erbschaft bilden, oder ein Bruchtheil derselben, auch eine vom Erblasser erworbene, also in seiner Erbschaft enthaltene Erbschaft eines Dritten[4]. Wird aber eine Erbschaft vermacht, welche nicht Erbschaft des Verfügenden ist, so treten die eigenthümlichen Grundsätze des Erbschaftsvermächtnisses nicht ein[5].

B. Anfall und Erwerb.

§. 664.

Das Erbschaftsvermächtniß fällt an, wie das Singularvermächtniß, mit dem Tode des Erblassers bez. mit der Erfüllung der Bedingung, unter welcher es hinterlassen ist; es wird, wie das Singularvermächtniß, erworben mit dem Antritt der Erbschaft bez. mit dem Herankommen des gesetzten Termins[1]. Insofern aber gilt für das Erbschaftsvermächtniß Besonderes, als der beschwerte Erbe durch den Vermächtnißnehmer zum Antritt der Erbschaft genöthigt werden kann[2]. Dabei wird jedoch vorausge-

---

[2] L. 1 §. 5 l. 6 §. 1 D. h. t., l. 3 C. h. t., §. 10 I. h. t. Der mit einem fideicommissum hereditatis beschwerte Erbe heißt in den Quellen heres fiduciarius, und auch heutzutage spricht man gewöhnlich von einem Fiduciar.

[3] L. 1 §. 8 l. 55 §. 2 D. h. t.

[4] L. 16 §. 5 D. h. t. Nach der scharfsinnigen Vermuthung Th. Mommsen's beruht die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung auf der Interpolation der Redactoren, und danach erklärt sich der Widerspruch gegen §. 6 eod. (zu lesen im Anfang sed statt sed et). Andere (H. A. Heise de aliena hereditate restituenda [Goett. 1816] §. 42 i. f., Hasse Rhein. Mus. III S. 540 fg., Vangerow §. 558 Anm. Nr. I, Sintenis §. 219 Anm. 6) nehmen an, das „quamvis placeat" in §. 6 cit. sei nur hypothetisch gemeint.

[5] L. 27 §. 8—10 D. h. t.

[1] L. 25 pr. l. 46 D. h. t., l. 21 C. de fideicomm. 6. 42. §. 664.

[2] Nach der Vorschrift des SC. Pegasianum (§. 662 Note 1). Gai. II. 258, Ulp. XXV. 16, §. 6. 7 I. h. t., l. 4 D. h. t. Vgl. l. 17 D. si quis om. causa test. 29. 4. „Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii, nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omitere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sunt, non magis tributum est, quam legatariis". Selbst die Aus-

setzt, daß nicht mit dem Antritt der Erbschaft unersetzliche Opfer für den Erben verbunden seien[3]; ersetzliche Opfer muß der Erbschaftsvermächtnißnehmer ihm abnehmen[4]. Anfall des Erbschaftsvermächtnisses ist Voraussetzung dieses Zwangsrechtes nicht[5], und so steht es auch bei Bedingtheit des Erbschaftsvermächtnisses zu, jedoch nur dann, wenn der beschwerte Erbe der alleinige Erbe ist[6]. Realisirt wird dieses Zwangsrecht nöthigenfalls durch Klage, wobei das zu erlassende Urtheil die Antretung als geschehen annimmt, wenn sie binnen gesetzter Frist nicht erfolgen sollte[7]. Im Fall des Todes des Erben vor der Antretung wird die Antretung ohne Weiteres als geschehen angenommen[8]. Verweigert ein Erbschaftsvermächtnißnehmer, der mit einem Erbschaftsvermächtniß beschwert ist, die Annahme des ihm hinterlassenen Ver-

---

schlagung der Erbschaft kann durch dieses Zwangsrecht wieder rückgängig gemacht werden, l. 14 §. 1. 2 D. h. t.

[3] L. 7 D. h. t. — „Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim si morbo adflictus Alexandriae iussus fuit adire, vel nomen vispellionis testatoris ferre"? L. 63 §. 7 D. h. t. „Si sub condicione heres institutus sit . . si . . turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia". Ist dagegen die Bedingung von der Art, daß ihre Erfüllung „neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet . . nec impendium aliquid, iubendus est parere condicioni et adire". L. 31 §. 2 D. h. t. — In l. 63 §. 7 D. h. t. ist statt „sed et remitti eam ab initio visum est" entweder zu lesen „nec remitti" (Vangerow II §. 558 Anm. 1 Nr. I. 3), oder mit Th. Mommsen in seiner Ausgabe „sed et remitti eam *a praetore iniquum* visum est".

[4] Nicht etwa bloß ersetzen. So muß namentlich, wenn mit der Antretung ein Geldaufwand verbunden ist, der Vermächtnißnehmer, „offere pecuniam". L. 7 l. 31 §. 2 l. 63 §. 8 D. h t. S. ferner l. 11 pr. l. 27 §. 15 D. h. t. (dem Erben ist für den Fall des Nichterbewerdens ein Vermächtniß gegeben).

[5] L. 11 §. 2 D. h. t.

[6] L. 13 pr. l. 31 pr. D. h. t., l. 12 eod.

[7] Die Quellen äußern sich über diesen Punkt nicht; aber vgl. I §. 214 Note 2. §. 221 Note 5. Wenn andere auch das richterliche Urtheil für überflüssig halten (Roßhirt I S. 161, Seuffert Pand. §. 645 Note 4, vgl. Arndts §. 587 Anm. 1, Sintenis III §. 219 zu Anm. 20), so sehe ich für diese Meinung keinen Anhalt. Denn der im Text sogleich folgende Satz kündigt sich deutlich als Ausnahmebestimmung an, und l. 7 §. 1 C. h. t. setzt Antretung voraus.

[8] L. 13 §. 4 l. 14 D. de test. mil. 29. 1, vgl. l. 7 §. 1 C. h. t. Anders, wenn der Beschwerte vor dem Erblasser gestorben ist, und dieser seinen Tod gekannt hat, l. 14 cit.

mächtnisses, so kann sich der zweite Vermächtnißnehmer direct an den Erben halten, und so denselben auch zu Antretung nöthigen[9].

C. Recht des erworbenen Erbschaftsvermächtnisses.

1. Vor der Herausgabe.

§. 665.

Das erworbene Erbschaftsvermächtniß gibt dem Vermächtnißnehmer nicht die Erbschaft, sondern nur einen Anspruch auf die Erbschaft; die Erbschaft selbst erhält er erst durch ihre Herausgabe (§. 666)[1]: Bis zur Herausgabe ist der beschwerte Erbe Erbe nicht nur dem Namen nach, sondern auch in der Wirklichkeit. Daher verliert er, was er vom Erblasser zu fordern hatte, durch Confusion[2], wie er umgekehrt von den Schulden, welche er gegen den Erblasser hatte, durch Confusion frei wird[3], und ebenso gehen die Rechte an fremder Sache, welche zwischen ihm und dem Erblasser bestanden, durch Confusion unter[4]. Aber durch die

---

[9] L. 55 §. 2 i. f. D. h. t.

[1] Das Erbschaftsvermächtniß hat auch nach neuestem Recht nicht dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung. Hätte Justinian ihm durch l. 1 C. comm. de leg. 6. 43 dingliche Wirkung beilegen wollen, so hätte er nicht, wie er gethan hat, das ganze Recht der Restitution in seine Compilation aufnehmen können. Vgl. Seuff. Arch. VII. 337, XII. 50, XIV. 103. (In den beiden letzten Urtheilen ist ausgesprochen, daß dem Erbschaftsvermächtnißnehmer nicht das remedium ex l. ult. C. de ed. D. Hadriani tollendo zustehe.) Ebenso wenig darf behauptet werden, daß das Erbschaftsvermächtniß wenigstens an den einzelnen Erbschaftssachen dingliches Recht gebe, ja noch weniger, da nicht zugleich die Erbschaftssachen und die Erbschaft als Einhei den Gegenstand des Vermächtnisses bilden können. Dieß wird auch bestätigt durch die in Nov. 108 c. 2 enthaltene Ausnahme (Note 13). A. M. Mayer Legate §. 12 Note 6. 7; aber s. E. A. Seuffert das Veräußerungsverbot bei Universal- und Singularvermächtnissen S. 40 fg. (Der von diesem Schriftsteller für die entgegengesetzte Meinung angeführte v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgeb. IV. S. 90 fg. nimmt zwar an, daß l. 1 C. cit. sich auch auf Erbschaftsvermächtnisse beziehe, nicht aber, daß sie dem Erbschaftsvermächtniß dingliche Wirkung beilege, s. das. S. 88 fg. 93.) §. 665.

[2] L. 59 pr. l. 80 D. h. t. Das Gleiche gilt, wenn er einen Erbschaftsschuldner beerbt, l. 58 pr. D. h. t.

[3] L. 27 §. 11 D. h. t. Ebenso bei Beerbung eines Erbschaftsgläubigers, arg. l. 58 pr. cit.

[4] L. 73 §. 1 D. h. t. Auch hier muß das Gleiche gelten, wenn die Confusion zwischen ihm als Erben und einem Dritten eintritt.

Herausgabe der Erbschaft leben die untergegangenen Rechtsverhältnisse wieder auf[4a]. Der Beschwerte kann ferner die Erbschaftsforderungen einziehen und haftet für die Erbschaftsschulden[5]. Er erwirbt die Erbschaftsfrüchte, und behält sie sogar, wenn nicht allgemeine Gründe oder die Anordnung des Erblassers eine Verpflichtung zur Herausgabe begründen[6].

Von der andern Seite ist der Beschwerte, wenngleich wirklicher Erbe, doch eben mit der Verpflichtung zur Herausgabe der Erbschaft beschwert. Daher muß er die Erbschaft bis zur Herausgabe unangetastet aufbewahren. Für Nachlässigkeit haftet er nach den allgemeinen Regeln[7]. Veräußerungen von Erbschafts-

---

[4a] L. 73 §. 1 D. h. t. „Cum ex Trebelliano SC° restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent". Eine gleiche Anerkennung des unmittelbaren Wiederauflebens enthalten die Quellen für die obligatorischen Rechtsverhältnisse nicht; vielmehr bezeichnen dieselben als den zutreffenden Weg der Abhülfe, daß die Verpflichtung des Erben aus dem Vermächtniß sich um den Betrag des durch Confusion Verlorenen oder Erworbenen mindere oder steigere. S. die in Note 2 und 3 citirten Stellen. Was l. 58 pr. D. h. t. angeht, so möchte man zwar sagen, sie handele nicht von dem Fall, wo der Erbe Gläubiger des Erblassers war, sondern von dem Fall, wo er hinterher einen Erbschaftsschuldner beerbt hat: aber warum soll für beide Fälle verschiedenes Recht gelten? Wenn durch die Herausgabe der Erbschaft die Veränderungen nicht ohne Weiteres rückgängig werden, welche die Erbschaft in der Person des Erben durch eine später eingetretene Vereinigung eines Erbschaftsrechts mit der entsprechenden Pflicht erlitten hat, warum sollen diejenigen rückgängig werden, welche ihren Grund in einer anfänglichen Vereinigung solcher Art haben? Und durchaus entscheidend ist l. 59 pr. D. h. t. Es liegt also hier eine unvollendete Entwickelung des römischen Rechts vor. Angesichts der l. 73 §. 1 cit. zweifele ich aber nicht, daß wir befugt sind, den Schritt zu thun, welchen die Quellen ablehnen. Und vgl. auch I §. 249 Note 5. 6. §. 225 Note 13.

[5] L. 27 §. 7 D. h. t., l. 104 D. de sol. 46. 3. — Vgl. noch l. 70 §. 1 D. h. t.

[6] S. §. 647 Note 13. 14. 15. Anders die vor dem Erbschaftsantritt erfallenen Früchte. Vgl. überhaupt Hoffmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 3 (1845), Brinz S. 907 fg.

[7] S. §. 647 Note 7. L. 22 §. 3 D. h. t. setzt Herausgabe der ganzen Erbschaft voraus. Mommsen Beiträge III S. 393 Note 5. Andere (Sintenis III §. 219 Anm. 15, Arndts §. 583 zu c) leiten aus dieser Stelle den Satz her, daß der Erbe bei theilweiser Restitution nur für diligentia quam suis hafte. Aber die Beschränktheit der Restitution wird in der Stelle

sachen sind nichtig [8], ausgenommen: wenn sie durch die Regeln einer guten Wirthschaft geboten sind [9]; zum Zweck der Bestellung einer Dos oder Eheschenkung an den Ehegatten bei Mangel sonstigen Vermögens [10]; endlich wenn Veräußerer und Erwerber beide in gutem Glauben sind [11]. Der Erblasser kann dem Beschwerten aber auch gestatten, die Erbschaft bis zu einem gewissen Betrage anzugreifen. Geht die Auflage dahin, daß der Beschwerte herausgeben solle, was bei seinem Tode von der Erbschaft noch vorhanden sein werde, so kann derselbe drei Viertel der Erbschaft angreifen, und auch das letzte Viertel zum Loskauf von Gefangenen verwenden, oder für sich im Fall der Noth, und namentlich auch zur Bestellung einer Dos oder Eheschenkung, wenn er kein anderes Vermögen hat [12]. Greift er das letzte Viertel ohne Berechtigung an, so kann der Vermächtnißnehmer von ihm Ersatz verlangen, im Fall seiner Insolvenz das Veräußerte auch von dem dritten Besitzer abfordern [13]. Die Cautionspflicht des

---

jedenfalls nicht hervorgehoben, und die Worte „rebus suis consueta neglegentia" enthalten nur eine Ausführung des Begriffes der lata culpa.

[8] L. 3 §. 2—4 C. comm. de leg. 6. 43. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 52 fg. 64 fg. Gilt das Veräußerungsverbot auch für Forderungen? Der Gesetzgeber hat kaum an diesen Fall gedacht: aber es scheint mir nicht bezweifelt werden zu dürfen, daß die Ausdehnung seinem Sinne gemäß ist. So auch Sintenis III §. 213 Anm. 15; a. M. Seuffert S. 71 fg.

[9] L. 22 §. 3 D. h. t. Seuffert S 126 fg.

[10] Nov. 39 c. 1 (Auth. *Res quae subiacent* C. comm. de leg. 6. 43), l. 22 §. 4 D. h. t. Marezoll Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 223 fg. Seuffert S. 119 fg.

[11] L. 89 §. 7 D. de leg. II°. Seuffert S. 80 fg. — Daß die Veräußerung auch dann gültig ist, wenn der Erblasser sie erlaubt hat, oder der Vermächtnißnehmer ihr zustimmt, versteht sich von selbst. Vgl. l. 11 C. de fideic. 6. 42. Seuffert S. 121 fg. Ebenso versteht es sich von selbst, daß das Veräußerungsverbot der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger kein Hinderniß in den Weg legen kann. Vgl. l. 114 §. 14 D. de leg. I°, l. 38 pr. D. de leg. II°. Seuffert S. 96 fg. Eine wirkliche Ausnahme liegt aber doch in der zu Note 13 bezeichneten Bestimmung über das fideicommissum eius quod superfuturum est.

[12] Nov. 108. Aelteres Recht: l. 54. 58 §. 8 D. h. t., l. 25 §. 16 D. de H. P. 5. 3, l. 70 §. 3 l. 71 D. de leg. I°. Seuffert S. 115 fg. Seuff. Arch. II. 74. 209, III. 82, V. 208, VIII. 73. 74, XI. 260.

[13] Nov. 108 c. 2.

Beschwerten steht unter den allgemeinen Grundsätzen (§. 648 Num. 2)[14].

2. Die Herausgabe.

§. 666.

Die Herausgabe der Erbschaft besteht in der Willenserklärung, daß der Vermächtnißnehmer die Erbschaft haben solle[1]. Diese Willenserklärung kann von der Einräumung des Besitzes begleitet oder durch dieselbe ausgedrückt sein; aber wesentlich ist für die Herausgabe die Einräumung des Besitzes nicht[2]. — Den Gegenstand der Herausgabe bildet die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie ist, oder sein würde, wenn der Beschwerte seinen Verpflichtungen in Betreff derselben genügt hätte. Was der Beschwerte aus dem Vermögen des Erblassers nicht als Erbe hat, bildet den Gegenstand der Herausgabe nicht[3], so das Familienbegräbniß[4], ein ihm gegebenes Vermächtniß[5], oder was ihm zur Erfüllung der Bedingung einer andern letztwilligen Zuwendung

---

[14] Vgl. Seuff. Arch. II. 74, V. 208; XVII. 74. Verpflichtung zur Inventarisirung: Seuff. Arch. V. 208, XXI. 63.

§. 666. [1] Nach l. 26 §. 2 l. 27 D. de leg. I° kann der mit einem legatum hereditatis Beschwerte, wenn dieses legatum nur auf einen Theil der Erbschaft geht, sich nach seiner Wahl auch mit dem Geldwerth des zu Leistenden lösen, und es findet sich die Behauptung (v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzg. IV S. 93, Mayer §. 13 lit. b), daß dieß nach Justinianischem und heutigem Recht für das Erbschaftsvermächtniß überhaupt gelte. Diese Behauptung kann nicht gebilligt werden. Die genannte Stelle ist von den Compilatoren entweder aus Versehen aufgenommen worden, oder in dem Sinn, daß sie Anwendung finden soll, wenn der Erblasser unzweideutig an den Tag gelegt hat, daß er nicht die Erbschaft als Erbschaft (als Einheit) vermacht haben wolle. Vgl. §. 662 Note 1, und Arndts RLex. VI S. 323, Unger §. 20 Anm. 6.

[2] L. 37 pr. D. h. t. Vgl. l. 37 §. 2 — l. 39 l. 40 §. 2 l. 41. 42 pr. l. 66 §. 1 D. h. t.

[3] Vgl. außer den im Folgenden citirten Stellen noch l. 59 §. 1 D. h. t.

[4] L. 42 §. 1 D. h. t.

[5] Vorvermächtnisse hat der Bedachte bis zum Belange seines Erbtheils als Erbschaft; daher müssen sie bis zu diesem Belange mit herausgegeben werden. L. 18 §. 3 D. h. t. Doch ist es eine Auslegungsfrage, ob der Erblasser nicht gewollt hat, daß sie ganz sollen zurückbehalten werden dürfen, oder umgekehrt, daß sie ganz mit herausgegeben werden sollen. L. 4 §. 4 D. h. t., l. 16 C. de fideicomm. 6. 42; l. 86 D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. übrigens

geleistet worden ist[6]. Darf der Beschwerte nach Anordnung des Erblassers etwas aus der Erbschaft zurückbehalten, so ist dieß zu denken als ein dem Erbschaftsvermächtnißnehmer zu seinen Gunsten auferlegtes Singularvermächtniß[7]. Uebersteigt das Erbschaftsvermächtniß drei Viertel der Erbschaft, so kann der Erbe gemäß des Falcidischen Gesetzes die Quart abziehen; hierfür, und namentlich in Betreff der Frage, was in die Quart eingerechnet werden muß, gelten die gleichen Grundsätze, wie bei Singularvermächtnissen[8].

Vangerow II §. 523 Anm. Nr. I A. 1. — Ueber die Frage, ob auch der anwachsende Erbtheil mit herausgegeben werden muß, s. §. 603 Note 14.

[6] L. 44 §. 4 D. de cond. 35 1.

[7] S. §. 652 Note 17.

[8] Daß für die Berechnung der Falcidischen Quart bei dem Erbschaftsvermächtniß (der gewöhnlich gebrauchte Ausdruck: Trebellianische Quart ist ohne Anhalt in den Quellen des römischen Rechts, obgleich die des canonischen ihn gebrauchen, s. z. B. c. 18 X. de test. 3. 26) die gleichen Grundsätze gelten, wie für die Berechnung der Falcidischen Quart bei Singularvermächtnissen, darf jetzt wohl als die herrschende Meinung bezeichnet werden. Dafür die Lehrbücher von Seuffert III §. 643, Arndts §. 684 Sintenis §. 215 Anm. 24, Brinz S. 927 fg. und, in sehr ausführlicher Darstellung, Vangerow II §. 536 Anm.; ferner Roßhirt I S. 186 fg., Vering S. 796 fg.; v. Lindelof Arch. f. civ. Pr. IV. 30 (1821), v. d. Pfordten de praelegatis p. 85 sqq. (1832), v. Buchholtz Prälegate S. 500 fg. (1850), Jacoby Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 2 (1859), Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. VI S. 349 fg. (1863), Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 307 fg. (1864). Die entgegengesetzte Meinung, nach welcher der mit einem Erbschaftsvermächtniß Beschwerte sich in seine Quart auch dasjenige soll einrechnen müssen, was er durch Zuwendung des Erblassers nicht als Erbe hat, nannte Höpfner Institut. §. 641 Note 1 die in der Praxis angenommene; sie findet sich mit mehr oder minder weit gehenden Beschränkungen noch in den Lehrbüchern von Thibaut §. 929, Puchta §. 546, Göschen III §. 1069, Keller §. 590. Fernere Literaturnachweise bei Vangerow a. a. O. Diese entgegengesetzte Meinung hat eine nicht unscheinbare Stütze in l. 91 D. ad leg. Falc. 35. 2; man bemerke aber in Betreff dieser Stelle Folgendes. a) Die Worte: „sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi . . in quartam id ei imputabitur“ beziehen sich in Zusammenhalt mit dem sogleich Folgenden: „pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id est quod a coherede accipitur“ auf ein Vorvermächtniß, und die Stelle will daher nur sagen, daß der Erbe sich in seine Quart denjenigen Theil des Vorvermächtnisses einrechnen müsse, welchen er als Erbe behält (§. 652

Ausnahmsweise wird von der wirklichen Vornahme der Herausgabe abgesehen und dieselbe ohne Weiteres als geschehen angenommen: bei unbeerbtem Tode des Erben[9]; wenn der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistigerweise entzieht[9]; wenn der Beschwerte selbst Erbschaftsvermächtnißnehmer ist[9]; wenn das Erbschaftsvermächtniß dadurch ausgedrückt ist, daß einer von mehreren eingesetzten Erben auf eine bestimmte Sache eingesetzt oder beschränkt ist[10].

Note 19). Nun sehen allerdings die Worte: „pro ea vero parte . . accipitur“ einem Glossem so ähnlich, wie ein Ei dem anderen, und wenn man sie als Glossem behandelt, ist die bezeichnete Erklärung ohne allen Anhalt. Dafür bietet sich denn folgende andere dar. In der oben gelassenen Lücke stehen die Worte: „sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est“. Es ist oben (§. 652 Note 16—18) gezeigt worden, daß einerseits die Einrechnung eines solchen Vorbehalts, oder Abzugs in die Quart durchaus allgemeinen Grundsätzen gemäß ist, daß aber andererseits derselbe in Wirklichkeit ein dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auferlegtes Vermächtniß ist. Ist aber dieß der Fall, so kann es auch keinen Unterschied machen, daß der Erblasser die Anordnung desselben als Vermächtniß ausdrückt. b) Die Worte: „Sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est“ sind wirkliches Glossem; sie sind durch ihren Inhalt verdächtig (fideicommissum quod implendae condicionis causa datur! man müßte jedenfalls emendiren: a fideicommissario) sie stehen in directem Widerspruch mit l. 30 §. 7 D. ad leg. Falc. 35 2, sie fehlen in den Basiliken, und sind in der Florentina erst von der zweiten Hand beigeschrieben. Als Glossem behandelt diese Worte jetzt auch Th. Mommsen in seiner Ausgabe. In anderer Weise suchen zu helfen Neuner heredis institutio ex re certa S. 111 in der Note, Dernburg a. a. O. S. 316 fg.; dagegen Vangerow a. a. O. Nr. III a. E. — Auch die Früchte werden in die s. g. Trebellianische Quart eingerechnet im Allgemeinen nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§. 652 Note 20), und nur mit der §. 652 Note 21 bezeichneten positiven Ausnahme. Vangerow a. a. O. Nr. IV.

[9] L. 7 §. 1 C. h. t. Vgl. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 52 fg. Dieser Schriftsteller verlangt im zweiten der bezeichneten Fälle ein Contumacialerkenntniß und beschränkt den dritten auf bedingte und befristete Erbschaftsvermächtnisse (Bedingtheit oder Befristetheit des zweiten Erbschaftsvermächtnisses). Die eine und die andere Meinung findet in dem Ausdruck der Stelle keinen Anhalt; die zweite hängt mit einer andern Ansicht dieses Schriftstellers zusammen, gegen welche ich mich §. 648 Note 19 zw. Absatz erklärt habe.

[10] L. 13 C. de her. inst. 6. 24. Vgl. §. 553 Note 11. (Die Ansicht, daß der neben anderen gehörig Eingesetzten auf eine bestimmte Sache Eingesetzte lediglich Vermächtnißnehmer sei, vertheidigt jetzt wieder G. Padeletti

3. Nach der Herausgabe.

a. Bei freiwilligem Erbschaftsantritt.

§. 667.

Nach der Herausgabe ist der wirkliche Erbe der Vermächtnißnehmer, der Beschwerte ist es nur noch dem Namen nach[1]. Die Erbschaftsrechte stehen jetzt dem Vermächtnißnehmer zu, nicht mehr dem Beschwerten; ebenso trägt er, nicht jener, die Erbschaftsverpflichtungen[2]. In gleicher Weise kann er, nicht der Beschwerte, die Erbschaft als Ganzes verfolgen[3]. Wenn ihm nur ein Theil der Erbschaft herausgegeben worden ist, so treten zwischen ihm und dem Beschwerten bez. dem Mitvermächtnißnehmer die Rechtsverhältnisse der Miterbschaft ein[4]. Nicht minder gilt der Erbschaftsvermächtnißnehmer als Erbe für die auf die Erbschaft gelegten Vermächtnisse[5]; er trägt sie zu demjenigen Bruchtheil, zu welchem ihm die

---

die Lehre von der Erbeseinsetzung ex certa re, Berlin 1870. S. darüber krit. VJSchr. XII 476 fg.)

[1] Oder römisch ausgedrückt: er ist zwar Erbe noch für das ius, aber die actiones der Erbschaft werden nicht mehr ihm und gegen ihn gegeben. So hatte das SC. Trebellianum bestimmt. L. 1 §. 2 D. h. t.: — „placet, ut actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sicuti rogati essent restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset“. Gai. II. 253 (§. 4 I. h. t.): — „post quod senatus consultum . . praetor . . utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur“. Vgl. noch l. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3: — „si nomen quidem heredis apud eos integrum maneat, verumtamen effectu minus habeant hereditatis . .“. Dieser Gegensatz zwischen dem Rechte an und für sich und seiner Verwirklichung im Gericht ist bereits für das Justinianische Recht nur noch historische Reminiscenz und ohne alle reelle Bedeutung; um so mehr für das heutige Recht. Es verhält sich hier in gleicher Weise, wie beim Forderungsübergang (II §. 329). §. 667.

[2] Aber nach römischer Vorstellung hat der Vermächtnißnehmer die Erbschaftssachen nur in bonis und die Erbschaftsklagen nur als utiles, und der Beschwerte bedarf, wenn er belangt wird, der Einrückung einer exceptio in die Formel. S. l. 63 pr. l. 27 §. 7 D. h. t. und die Stellen der vorigen Note.

[3] Dig. 5. 6 de fideicommissaria hereditatis petitione.

[4] L. 27 §. 11 D. h. t.

[5] S. über diesen Punkt namentlich Vangerow II §. 559. Ferner:

Erbschaft herausgegeben worden ist[6]. und daher ganz, wenn ihm die Erbschaft ganz herausgegeben worden ist[7]. Und zwar trägt er sie, ohne ihnen die Falcidische Quart abziehen zu können, da er, wenn auch die Erbschaft, doch immerhin als Vermächtnißnehmer

---

Roßhirt Verm. I S. 179 fg. 217 fg. und in seiner Zeitschrift IV S. 214 fg. Stemann Elvers Themis N. F. I S. 278 fg. Puchta Vorles. zu §. 557.

[6] L. 2 C. h. t. „Ad eum, cui ex Trebelliano SC[o] pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est". L. 1 §. 20 D. h. t., l. 1 §. 19 l. 15 §. 1 D. ut leg. 36. 3. — Auch in dem Fall, wo dem Erbschaftsvermächtnißnehmer auf Grund des Falcidischen Gesetzes ein geringerer Theil der Erbschaft herausgegeben wird, als ihm vermacht ist, trägt er die Vermächtnisse nur zu dem ihm herausgegebenen Theil. Man kann in diesem Fall die Rechnung aber auch so stellen: gemäß des Willens des Erblassers trägt der Erbschaftsvermächtnißnehmer an und für sich die Vermächtnisse zu demjenigen Theil, zu welchem ihm die Erbschaft vermacht ist; da er aber durch die Anwendung des Falcidischen Gesetzes seinerseits einen Abzug erleidet, so bringt er diesen Abzug den auf ihn angewiesenen Vermächtnissen der Regel gemäß (§. 650 Note 5) in verhältnißmäßige Anrechnung. Das Resultat ist das gleiche. Noch anders rechnete in diesem Fall das vorjustinianische Recht. Da nämlich der Erbschaftsvermächtnißnehmer in diesem Fall in der Stellung eines Singularvermächtnißnehmers blieb (§. 662 Note 1), so nahm er an den Singularvermächtnissen gar keinen Antheil, der Wille des Erblassers wurde aber dadurch zur Geltung gebracht, daß bei der Berechnung des Betrags des Erbschaftsvermächtnisses die Singularvermächtnisse im Verhältniß der vermachten Erbschaftsquote in Abzug gebracht wurden. In dieser Weise rechnet l. 2 D. h. t. Das Resultat ist auch bei dieser Art der Berechnung das gleiche. (Erbschaft 400; dieselbe ist dem A. vermacht; dem B. ist ein Singularvermächtniß von 300 gegeben. I. Älteres Recht. Dem B. sind 300 vermacht, dem A. 400—300=100; der Erbe zieht also dem B. 75 ab, dem A. 25. Resultat: Erbe 100, A. 75, B. 225. II. Neueres Recht. Der Erbe gibt dem A. $^3/_4$ der Erbschaft heraus, und behält $^1/_4$; A. trägt $^3/_4$ des Singularvermächtnisses = 225 und behält 75; das Viertel des Singularvermächtnisses, welches auf den Erben fällt, zahlt dieser wegen des Falcidischen Gesetzes nicht aus. Resultat also: Erbe 100, A. 75, B. 225. Oder: A. trägt das Singularvermächtniß nach dem Willen des Erblassers ganz, da er aber $^1/_4$ der Erbschaft verliert, zieht er $^1/_4$ von demselben ab. Resultat also auch hier: Erbe 100, A. 75, B. 225.)

[7] Der Erbe hat die Falcidische Quart nicht abziehen wollen, oder ausnahmsweise nicht abziehen können (§. 651), oder er ist für seine Quart durch Vorwegnahmen entschädigt worden (§. 652 Note 16—18). In dem letzten Fall braucht aber der Erbschaftsvermächtnißnehmer die Vermächtnisse nicht über denjenigen Betrag hinaus zu entrichten, welchen er von der Erbschaft wirklich

hat[8]. Ist dem Erbschaftsvermächtnißnehmer die Erbschaft deßwegen ganz herausgegeben worden, weil der Erbe für seine Quart durch Vorwegnahmen entschädigt worden ist, so können die Vermächtnißnehmer, wenn das, was von der Erbschaft an den Erbschaftsvermächtnißnehmer gelangt ist, zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, auf den Erben zurückgreifen, so weit seine Vorwegnahmen die Quart übersteigen[9]. Uebrigens steht es natürlich dem Erblasser frei, über die Vertheilung der Singularvermächtnisse zwischen dem Erben und dem Erbschaftsvermächtnißnehmer abweichende Bestimmungen zu treffen[10].

b. Bei erzwungenem Erbschaftsantritt.

§. 668.

Bei erzwungenem Erbschaftsantritt gilt das Besondere, daß der Erbe von dem erzwungenen Antritt keinen Nachtheil und keinen Vortheil haben soll[1]. Ist daher nach dem Antritt Niemand vorhanden, welchem herausgegeben werden kann, so dürfen

---

in die Hand bekommen hat (§. 634 Num. 3). L. 8 C. h. t., l. 1 §. 17 19. 21 D. h. t.

[8] S. §. 650 Note 4. Dagegen zieht der Erbe von dem auf ihn fallenden Theil die Quart allerdings ab. Die Meinung, daß er dieses Recht nicht habe, ist ebenso unbegründet, wie die andere, daß der Abzug, welchen er macht, von den Erbschaftsvermächtnißnehmern den Singularvermächtnißnehmern ersetzt werden müsse. Eine mittlere Meinung bei Mejer in der 4. Ausgabe von Schweppe's römischem Privatrecht V §. 940. Gegen diese Meinungen s. Vangerow a. a. O. Nr. 3.

[9] L. 1. §. 17 D. h. t.

[10] Hat der Erblasser verfügt, daß allein der Erbe die Singularvermächtnisse tragen solle, so wird im Falle der Verletzung der Falcidischen Quart das Abzuziehende auf das Erbschaftsvermächtniß und die Singularvermächtnisse verhältnißmäßig vertheilt. Von diesem Fall handelt l. 3 pr. D. h. t., welche aber gemäß des SC. Pegasianum den Erbschaftsvermächtnißnehmer als Singularvermächtnißnehmer denkt (§. 662 Note 1). — Keine abweichende Bestimmung liegt in der Anordnung, daß die Erbschaft (die ganze Erbschaft) herausgegeben werden solle mit Abzug der Singularvermächtnisse, oder daß der Ueberschuß der Erbschaft herausgegeben werden solle. Das Resultat dieser Anordnung ist, daß der Erbschaftsvermächtnißnehmer die Singularvermächtnisse allein trägt, wie er sie nach dem Willen des Erblassers auch ohne diese Anordnung allein getragen haben würde (Note 6). Von dieser Anordnung ist die Rede in l. 3 §. 2 l. 16 §. 3 l. 51 D. h. t.

[1] §. 7 i. f. I. h. t.: — „nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente". L. 4 l. 27 §. 2 D. h. t. Vgl. auch §. 664 Note 3. 4. §. 668.

sich die Gläubiger nicht an den Erben halten, sondern es wird ihnen die Erbschaft als erblose überantwortet[2]. Weigert sich der Zwingende, die Erbschaft zu nehmen, so wird er rechtlich behandelt, als hätte er genommen[3]. Geht das Erbschaftsvermächtniß nur auf einen Theil der Erbschaft, so muß der Zwingende die ganze Erbschaft nehmen, kann aber auch umgekehrt Herausgabe der ganzen Erbschaft verlangen[4]. In gleicher Weise kann der Zwingende Herausgabe der an den Erben gefallenen Pupillarerbschaft verlangen, wenn die Pupillarsubstitution einzig durch den gezwungenen Erbschaftsantritt zur Wirksamkeit gelangt ist[5]. Ferner erhält der Erbe nicht ein dem Zwingenden zu seinen Gunsten auferlegtes Vermächtniß[6], und kann seinerseits demselben nicht die Falcidische Quart abziehen[7]. Dagegen behält er, was er zum Zweck der Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung erhalten hat[8], und die inzwischen gezogenen Erbschaftsfrüchte[9].

Die Stellung des Erbschaftsvermächtnißnehmers bei erzwungenem Erbschaftsantritt hat das Besondere, daß er nun die Falcidische Quart abziehen kann, welche der Erbe hätte abziehen können[10].

---

[2] L. 11 §. 2 D. h. t., l. 1 §. 6 D. de separ. 42. 6.

[3] L. 44 pr. l. 67 pr. D. h. t.

[4] L. 1 §. 9 l. 16 §. 4. 5. 8. 9 l. 28 pr. §. 1 D. h. t., l. 27 §. 14 l. 55 §. 3 i. f. D. h. t.

[5] D. h. wenn er allein eingesetzt ist. L. 27 §. 2 D. h. t. Auch wenn er nicht allein zum Erben eingesetzt ist, muß er die Pupillarerbschaft dann herausgeben, wenn die Pupillarsubstitution nicht auf seine Person lautet, sondern auf denjenigen, „welcher mein Erbe wird". L. 27 §. 2 cit., l. 55 §. 3 i. f. D. h. t.

[6] L. 55 §. 3 D. h. t.

[7] L. 4 l. 14 §. 4 l. 55 §. 3 i. f. D. h. t. Aber auch nur dem Zwingenden kann er die Quart nicht abziehen, l. 16 §. 9 D. h. t.

[8] L. 44 §. 4. 5 D. de cond. 35. 1 — „et benignius est, in hoc casu nihil ei auferri".

[9] L. 27 §. 1 D. h. t., vgl. l. 63 §. 4 eod. Denn er hat sie gezogen „neglegentia petentis, non iudicio defuncti" l. 22 §. 2 D. h. t. Das gilt auch von dem Fall, wo der Erblasser bestimmt hat, daß der Erbe die Erbschaft erst nach einer gewissen Frist herauszugeben brauche; der Erbe würde diesen Vortheil verloren haben, wenn der Erbschaftsvermächtnißnehmer sich sofort gemeldet hätte.

[10] Also immer noch nicht von den ihm selbst auferlegten Vermächtnissen. L. 55 §. 2 l. 63 §. 11 D. h. t.

Sechstes Kapitel.

Anhänge.

I. Die Erbunwürdigkeit.

A. Im Allgemeinen.

§. 669.

Es gibt Fälle, in welchen Jemandem dasjenige, was er dem Rechte nach aus dem Nachlaß erhält, vom Rechte selbst wieder genommen wird, weil er es zu haben nicht verdient[1]. Fälle solcher Art kommen vor in gleicher Weise bei Erbschaften wie bei Vermächtnissen und was Erbschaften angeht bei der Intestat= wie bei der vom Erblasser vergebenen Erbschaft[2]. Deßwegen bildet die Lehre von der Erbunwürdigkeit einen Anhang zum gesammten Erbrecht[3].

---

* Dig. 34. 9 de his quae ut indignis auferuntur. Cod. 6. 35 de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Sabinianum. — Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 78 fg. (1823). Mayer Erbrecht §. 140—144 (1840). Heimbach RLex. IV S. 48 fg. (1833). Keller Institutionen S. 390 fg. (1861). Vangerow II §. 565, Sintenis III §. 205, Brinz §. 206. §. 669.

[1] Das Rechtsinstitut der Erbunwürdigkeit beruht auf demselben Grundgedanken, wie das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; auch hier reagirt das Recht gegen sich selbst.

[2] Bezogen auf letztwillige Verfügungen grenzt die Lehre von der Erbunwürdigkeit an die Lehren von der Ungültigkeit und von der Incapacität. Von der Incapacität (§. 550, §. 625 Note 1) unterscheidet sich die Erbunwürdigkeit dadurch, daß sie den Erwerb nicht ausschließt, von der Ungültigkeit dadurch, daß, wenn die letztwillige Verfügung nicht die Kraft hat, dem Unwürdigen das ihm Zugedachte zu erhalten, sie doch regelmäßig die Kraft behält, diejenigen Personen auszuschließen, welche es ohne ihn erhalten haben würden. Wo das Hinterlassene, wie das ausnahmsweise der Fall ist, gerade an diese Personen fällt, ist die Erbunwürdigkeit ihrer juristischen Form nach in der That Ungültigkeit, und unterscheidet sich von den andern Fällen der Ungültigkeit nur dadurch, daß sie zur Strafe des Bedachten eintritt. Vgl. auch Unger §. 5 Anm. 4.

[3] Die Bezeichnung Erbunwürdigkeit ist aus einem doppelten Grunde nicht ganz passend. Einmal weil die Unwürdigkeit sich nicht bloß auf Erbschaften bezieht; sodann weil der Ausdruck Unwürdigkeit für manche hierher gehörige Fälle zu stark ist, z. B. bei formlosem Widerruf der Erbeseinsetzung. Aber eine bessere Bezeichnung bietet sich nicht dar. Das Fremdwort Indignität scheint mir noch weniger empfehlenswerth, und erlaubt überdieß keine adjec=

Was wegen Erbunwürdigkeit genommen wird, fällt meistens an den Fiscus; ausnahmsweise treten andere Personen ein. Die Erbunwürdigkeit wirkt meistens für Erbschaften und Vermächtnisse zugleich, zuweilen nur für Erbschaften oder nur für Vermächtnisse. — Es soll jedoch bei der Darstellung der Erbunwürdigkeitsfälle keiner dieser beiden Gegensätze zu Grunde gelegt werden, sondern vielmehr der Gegensatz der Gründe, auf welchen die Erbunwürdigkeit beruht. Diese Gründe ordnen sich unter folgende Gesichtspunkte: 1) Verfehlung gegen die Person des Erblassers; 2) Verfehlung gegen den letzten Willen; 3) Verfehlung gegen das Gesetz; 4) Abschwächung des Verleihungswillens[4].

B. Die Erbunwürdigkeitsfälle.

1. Verfehlung gegen die Person des Erblassers.

§. 670.

1. Wer absichtlich oder fahrlässig den Tod des Erblassers herbeigeführt hat, verliert Erbschaft und Vermächtniß an den Fiscus[1].

2. Ebenso der Erbe, welcher die Ermordung des Erblassers nicht durch gerichtliche Verfolgung rächt, oder durch dessen Nachlässigkeit die gerichtliche Verfolgung unterbleibt[2]; jedoch entschuldigt Minderjährigkeit[3].

---

jectivische Bezeichnung. — Ueber die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Erbunwürdigkeit vgl. Sintenis III S. 661 in der Anm.

[4] Außer den im Folgenden genannten Erbunwürdigkeitsfällen werden von Anderen als solche noch aufgezählt die §. 535 Note 9 unter lit. b. c. d genannten Erbunfähigkeitsfälle. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. B. 1. 2, Sintenis a. a. O. Lit. B. 3. 6; andererseits Keller a. a. O. S. 414. S. ferner §. 670 Note 9, §. 673 Note 2.

§. 670. [1] L. 3 D. h. t., l. 10 C. h. t., l. 7 §. 4 D. de bon. damn. 48. 20, l. 9 D. de I. F. 49. 14. Keller S. 390, Vangerow Nr. I. A. 4.

[2] L. 21 l. 17 D. h. t., l. 8 §. 1 l. 15 l. 22 D. de SC. Silan. 29. 5, l. 1. 7. 9 C. h. t. Die Verpflichtung zur gerichtlichen Verfolgung hat nur der Erbe; aber dieser verliert nicht bloß die Erbschaft, sondern auch ein ihm gegebenes Vermächtniß, l. 15 §. 1 D. de SC. Silan. 29. 5. Sintenis §. 205 Anm. 9 glaubt, daß diese Bestimmung heutzutage unanwendbar sei, „aus sittlichen Gründen"; vertheidigt wird die Anwendbarkeit von Mühlenbruch Fortsetz. von Glück XLIII S. 477.

[3] L. 6 C. h. t.

3. Wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers angegriffen hat, verliert das ihm von demselben Hinterlassene an den Fiscus[4].

4. Ein ihm hinterlassenes Vermächtniß verliert an den Fiscus, wer den Erblasser denuntiirt hat[5].

5. Die Erbschaft verliert an den Fiscus, wer über dieselbe bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Zustimmung durch Vertrag verfügt hat[6].

6. Wer sich des geisteskranken Erblassers nicht angenommen hat, verliert die Erbschaft zu Gunsten der Person, welche ihn gepflegt hat[7].

7. Wer den Erblasser nicht aus der Gefangenschaft losgekauft hat, verliert die Erbschaft zu Gunsten der Kirche seines Wohnorts, damit diese sie zum Loskauf von Gefangenen verwende. Alter unter 18 Jahren entschuldigt[8].[9]

---

[4] L. 9 §. 2 D. h. t. Vgl. Keller S. 392, Vangerow Nr. I. A. 5. Sintenis a. a. O. hält auch diese Bestimmung für unanwendbar; sie würde es sein, wenn es nothwendig wäre, unter der Bestreitung des „status", von welcher die Stelle redet, lediglich die Bestreitung der Freiheit zu verstehen.

[5] L. 1 D. h. t. In diesem Falle ist aber zuerst zuzusehen, ob nicht eine stillschweigende Zurücknahme des Vermächtnisses anzunehmen sei (§. 640 Note 6). Vgl. Keller S. 392 bei c.

[6] L. 2 §. 3 D. h. t., l. 29 §. 2 l. 30 D. de don. 39. 5. Diese Stellen sprechen nur von der Schenkung der Erbschaft, und auf diese will die Bestimmung beschränken Sintenis Anm. 11; für die Ausdehnung Hasse Rhein. Mus. II S. 218. S. auch l. 30 C. de pactis 2. 3.

[7] Nov. 115 c. 3 §. 15. c. 4 §. 6. Osenbrüggen zur Interpretation des corpus iuris civilis S. 44 fg.

[8] Nov. 115 c. 3 §. 13. Sintenis Anm. 15.

[9] Von Anderen (so von Vangerow Nr. II. B. 5) wird auf Grund von Nov. 22 c. 46. 47 pr. noch der Satz hierher gestellt, daß, wer sich gegen seine Geschwister gewisser Vergehen schuldig mache (Lebensnachstellung, Erhebung einer Criminalklage, Vermögensberaubung oder Versuch dazu), die Intestaterbschaft derselben zu Gunsten der anderen Intestaterben verliere. Aber nach dem Zusammenhang der Novelle (c. 21. 22. 26. 27. 46) scheint es mir nicht zweifelhaft, daß wir nicht befugt sind, über den unmittelbaren Inhalt der genannten Stelle hinauszugehen. Dieser Inhalt aber ist folgender. Wenn ein verwittweter Ehegatte sich zum zweiten Mal verheirathet (die Stelle spricht zwar nur von der Wittwe, aber s. II §. 511 Note 9), so soll er an die Kinder der ersten Ehe verlieren, was er durch Beerbung eines Kindes der ersten

2. Verfehlung gegen den letzten Willen.

§. 671.

1. Wer den letzten Willen als falsch oder gegen das Notherbenrecht verstoßend angreift, verliert, wenn er bei dem Angriff unterliegt, das ihm in diesem letzten Willen Hinterlassene an den Fiscus[1]. Ebenso wer den Angreifer unterstützt[2]. Minderjährigkeit entschuldigt[3].

2. Der gleiche Gedanke liegt der Bestimmung zu Grunde, daß der Pupillarsubstitut die Pupillarerbschaft an den Fiscus verliert, wenn er die Mutter des Pupillen der Kindesunterschiebung ohne Erfolg anklagt[4].

3. Wer die Urkunde der letztwilligen Verfügung zerstört, verliert dasjenige, was er dadurch gewinnt, an den Fiscus[5].

4. Verheimlichung des Testaments wird am Vermächtniß-

Ehe aus dem Vermögen des ersten Ehegatten erhalten hat, und davon nur den Nießbrauch behalten; tritt der Erbfall zu einer Zeit ein, wo er bereits wieder verheirathet ist, so soll er die Proprietät an die Kinder der ersten Ehe sofort verlieren. In dem einen und dem anderen Fall aber sollen an dem Verlorenen diejenigen Kinder, welche sich gegen ihre Geschwister der oben bezeichneten Vergehen schuldig gemacht haben, nicht participiren. Es liegt nun auf der Hand, daß von einer Erbunfähigkeit nur in dem zweiten der genannten Fälle die Rede sein kann, da die Geschwister nur in diesem Fall bei einer Beerbung ausgeschlossen werden. Aber auch in diesem Fall ist kaum Erbunwürdigkeit, und wohl eher Erbunfähigkeit anzunehmen. Vgl. Keller S. 416, besonders aber Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 18 (welcher nur darin zu weit geht, daß er die Geschwister erst durch eine Enterbung ausgeschlossen werden läßt).

§. 671. [1] L. 5 §. 1 l. 6. 16. 24 D. h. t., l. 13 §. 9 l. 29 §. 1 D. de I. F. 49. 14; l. 4 l. 5 §. 14 l. 15 D. h. t.; l. 5 §. 8 D. h. t., l. 8 §. 14 l. 22 §. 2. 3 D. de inoff. 5. 2, l. 13 §. 9 D. de I. F. 49. 14. S. auch l. 2 pr. D. h. t., l. 22 D. de vulg. 28. 6, l. 5 §. 4 D. de leg. praest. 37. 5. Keller S. 393—399. Vgl. auch Sintenis Anm. 10.

[2] L. 5 §. 10—13 l. 22 D. h. t., l. 30 §. 1 D. de inoff. 5. 2.

[3] L. 5 §. 9 D. h. t. Vgl. l. 22 eod., l. 2 C. h. t., Paul. S R. V. 12 §. 4.

[4] L. 16 pr. D. h. t.

[5] L. 26 l. 4 §. 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10. Vgl. Keller S. 399 fg. Beide Stellen reden nur vom Sohn im Verhältniß zum Vater; für die Ausdehnung Keller a. a. O.

nehmer durch Verlust des ihm im Testament hinterlassenen Vermächtnisses zu Gunsten des Beschwerten bestraft[6].

5. Entwendung aus der Erbschaft wird am Erben durch Verlust der Falcidischen Quart zu Gunsten des Fiscus[7], am Vermächtnißnehmer durch Entziehung des Vermächtnisses zu Gunsten des Beschwerten gestraft[8].

6. Arglistige Verhinderung an der Errichtung eines letzten Willens bewirkt, daß der Verhindernde dasjenige, was er in Folge der Verhinderung aus dem Nachlaß erhält, an den Fiscus verliert[9]. Arglistige Bestimmung zur Errichtung eines letzten Willens macht denselben zu Gunsten der durch ihn Ausgeschlossenen ungültig; ist aber der Ausgeschlossene der Arglistige selbst, oder ist ein Ausgeschlossener nicht vorhanden, so tritt ebenfalls der Fiscus ein[10].

7. Säumniß in der Errichtung eines Vermächtnisses bewirkt, wenn sie trotz richterlicher Mahnung über ein Jahr dauert, daß der Säumige das Vermachte an die §. 648 Note 16 bezeichneten Personen verliert[11].

3. Verfehlung gegen das Gesetz.

§. 672.

1. Wer bei Lebzeiten des Erblassers zum Zweck der Umgehung des Gesetzes es heimlich übernimmt, den Nachlaß oder einen Theil desselben einer unfähigen Person herauszugeben, darf das Herauszugebende nicht behalten, sondern verliert es an den Fiscus, selbst einschließlich der Falcidischen Quart[1].

2. Eine Frau, welche mit einem Mann in einem unerlaubten Geschlechtsverhältniß lebt, verliert an den Fiscus das ihr vom Manne Hinterlassene[2].

---

[6] L. 25 C. de leg. 6. 37.

[7] L. 6 D. h. t., vgl. l. 24 pr. l. 68 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2.

[8] L. 48 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. de leg. 6. 37.

[9] S. §. 548 Num. 9.

[10] S. §. 548 Note 1.

[11] Nov. 1 c. 1. 4.

[1] L. 10. 11. 18 D. h. t., l. 17 §. 2 D. de usur. 22. 1, l. 59 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 3 pr. §. 1—4 D. de I. F. 49. 14, l. 40 eod., l. 103 l. 123 §. 1 D. de leg. I[o]. S. g. fideicommissum tacitum. Vgl. Keller S. 408—414. §. 672.

[2] L. 14 D. h. t., l. 41 §. 1 D. de test. mil. 29. 1. Vgl. Savigny II S. 557 fg., Keller S. 407 fg., Vangerow Nr. I. A. 10.

3. Personen, welche in verbotener Ehe leben, verlieren an den Fiscus, was eine der anderen hinterläßt[3].

4. Abschwächung des Verleihungswillens.

§. 673.

Hierher gehört der Fall, wo eine Erbeseinsetzung nicht in der gehörigen Form widerrufen ist. Trotz des Widerrufs wird die Erbeseinsetzung aufrecht erhalten insoweit sie die Nächstberufenen ausschließt; aber sie wird nicht aufrechterhalten zu Gunsten des Eingesetzten, weil diesem der eigentliche Wille des Erblassers fehlt, und deßwegen fällt die Erbschaft an den Fiscus[1]. Anders ist die Behandlung bei Vermächtnissen; diese werden auch durch formlosen Widerruf ungültig, so daß sie der Beschwerte behält (§. 640). Und auch was Erbeseinsetzungen angeht, hat das römische Recht in anderen Fällen der Ermangelung des eigentlichen Willens bei formeller Rechtsbeständigkeit der Verfügung nicht Erbunwürdigkeit, sondern Ungültigkeit eintreten lassen, so daß die Erbschaft vergeben wird, wie sie ohne diese Verfügung vergeben werden müßte[2].

---

[3] L. 4 C. de incest. nupt. 5. 5, l. 2 §. 1. 2 l. 13 D. h. t., l. 128 D. de leg. I°.

§. 673. [1] L. 3 D. de his quae in test. del. 28. 4, l. 12 l. 16 §. 2 D. h. t., l. 4 C. h. t. Nach den drei ersten dieser Stellen soll auch in dem Ausstreichen (inducere) des Namens des eingesetzten Erben nicht der gehörige Ausdruck des Widerrufswillens liegen, und daher in Folge davon nur Erbunwürdigkeit eintreten. Aber diesem auf eine Entscheidung des K. Marcus zurückgeführten Satz stehen andere Stellen entgegen, welche in dem bezeichneten Fall Ungültigkeit, und demnach Eintreten des Nächstberufenen annehmen, l. 2 D. de his quae in test. del. 28. 4, l. 2 §. 7 l. 8 §. 3 D. de B. P. s. t. 47. 11. Will man hier auch nicht eine historische Entwicklung annehmen (vgl. Keller S. 401, [P. Krüger krit. Versuche im Gebiete des röm. Rechts S. 11]), so liegt doch jedenfalls ein Widerspruch vor, welchen wir zu Gunsten des Fiscus zu entscheiden keinen Grund haben. Eine äußere Vereinigung bietet sich dadurch dar, daß die von dem Rechte des Fiscus handelnden Stellen auf den Fall bezogen werden, wo keine Personen vorhanden sind, welche der Unwürdige von der Erbschaft ausgeschlossen hat. Für unzulässig halte ich, wie Andere thun, zu unterscheiden, ob der Erblasser durch das Ausstreichen des Namens die Erbeseinsetzung habe widerrufen, oder ob er den Eingesetzten für unwürdig habe erklären wollen: in der Unwürdigkeitserklärung liegt eben ein Widerruf.

[2] Im Falle der ermangelnden Voraussetzung bez. des Irrthums (im Beweggrunde) und, wie anzunehmen ist, des Zwanges. Ueber den letzten Fall

C. Rechtsverhältniß bei der Erbunwürdigkeit.

§. 674.

Die Wirkungen der Erbunwürdigkeit treten ohne Weiteres ein. Handelt es sich im Besonderen um eine Erbschaft, so hat derjenige, an welchen die Erbschaft fällt, ohne Weiteres die Erbschaftsrechte und Erbschaftsverpflichtungen, während der Erbunwürdige nur den Namen des Erben behält[1]. Verfügungen, welche der Erbunwürdige über die Erbschaft trifft, sind von Anfang an nichtig[2]. Verluste, welche er durch den Erbschaftsantritt erlitten hat, werden ihm nur dann ersetzt, wenn ihm ausnahmsweise keine Arglist zur Last fällt[3]. Für die Früchte haftet er nach den Regeln des bösgläubigen, in dem bezeichneten Ausnahmefall des gutgläubigen Besitzers[4]. Der Erwerber der Erbschaft trägt, wie die übrigen Erbschaftsverpflichtungen, auch die Vermächtnisse[5]. Durch den Tod des Erbunwürdigen werden die Folgen der Erbunwürdigkeit nicht ausgeschlossen[6]; ebenso wenig dadurch, daß er ausschlägt[7].

---

s. §. 548 Num. 1, über den ersten §. 548 Num. 2, §. 556. Daß übrigens im Fall der irrigen Voraussetzung auch der Indignitätsstandpunkt in den Quellen nicht unvertreten ist (l. 46 pr. D. de I. F. 49. 14), ist bereits §. 548 Note 16 bemerkt worden. Auch hier ist die in der vorigen Note bezeichnete äußere Vereinigung anwendbar. — Die Schriftsteller pflegen Fälle der ermangelnden Voraussetzung, in welchen Erbschaft oder Vermächtniß der Regel gemäß an die durch die Verfügung Benachtheiligten fallen, mit unter den Indignitätsfällen aufzuzählen, nämlich: l. 5 §. 2 D. h. t., l. 28 §. 1 l. 32—36 D. de excus. 27. 1, l. 25 i. f. C. de leg. 6. 37; l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2; l. 12 §. 4 D. de rel. 11. 7. S. dagegen §. 669 Note 2, und vgl. noch §. 636.

1 L. 9 §. 2 l. 18 D. h. t., l. 8. 9 C. §. 2 D. h. t. l. 29 de don. 39. 5, l. 29 §. 1 l. 43 D. de I. F. 49. 14, Nov. 1 c. 1 §. 4; l. 43 §. 3 D. de vulg. 28. 6. §. 674.

2 L. 47 §. 5 D. de adm. et per. 26. 7.

3 L. 8 l. 17 l. 18 §. 1 D. h. t., l. 29 §. 1 D. de I. F. 49. 14, l. 21 §. 1 D. de SC. Silan. 29. 5.

4 L. 17 l. 18 pr. D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 46 D. de H. P. 5. 3.

5 L. 9 D. de SC. Silan. 29. 5, l. 50 §. 2 D. de leg. I°, l. 3 §. 4 l. 14 D. de I. F. 49. 14.

6 L. 22 D. de SC. Silan. 29. 5, l. 26 D. de lege Corn. de fals. 48. 10.

7 So die herrschende Meinung, Puchta §. 558. d, Arndts §. 520 Anm. 4, Brinz S. 863, Sintenis §. 205 Anm. 1, Köppen Erbrecht S. 323; zweifelnd und eher dawider Keller S. 418. Es ist zuzugeben, daß die Stellen, welche sich bei den genannten Schriftstellern angeführt finden

II. Die Schenkung auf Todesfall*.

§. 675.

Die Lehre von der Schenkung auf Todesfall bildet einen Anhang zu der Lehre von den Vermächtnissen. Mit dem Vermächtniß theilt die Schenkung auf Todesfall die Gleichheit des Zweckes; wie dieses dient sie der Ordnung der Vermögensverhältnisse nach dem Tode, wie dieses vergibt sie, was der Vergebende selbst zu haben nicht mehr im Stande ist[1]. Aber die Schenkung auf Todesfall wendet zur Erreichung dieses Zweckes andere Mittel an, als das Vermächtniß — den Vertrag statt der einseitigen Verfügung, die Vergabung aus dem gegenwärtigen Vermögen statt der Vergabung aus der Erbschaft[2]. Durch diesen letzteren Punkt unterscheidet sie sich auch von dem Vermächtnißvertrag (§. 632); außerdem durch die regelmäßig bei ihr stattfindende Widerruflichkeit[3].

(l. 9 §. 2 l. 18 §. 1 D. h. t., l. 29 §. 1 D. de I. F. 49. 14, l. 8 C. h. t., l. un. §. 12 C. de cad. toll. 6. 51, Nov. 1 c. 1 §. 4) keinen Beweis für den aufgestellten Satz liefern; aber für denselben spricht die ganze Anlage des Indignitätsrechtes. Der Erbunwürdige soll gestraft werden, und es darf nicht von seiner Willkür abhängen, ob sich die Verfügung des Gesetzes an ihm vollziehen soll, oder nicht. Eine Ausnahme läßt sich daher nur für den Fall des §. 673 zugeben.

§. 675. * S. die Citate II §. 369; außerdem: Schirach Arch. f. civ. Pr. II S. 297 fg. (1819), Heimbach RLex. IX S. 709 fg. (1855), Keller Institutionen S. 343—361 (1861).

[1] Festus s. v. mortis causa stipulatio: — „cuius mors fuit causa". Deßwegen eben ist sie ein Rechtsgeschäft auf Todesfall (I §. 69 Text hinter Note 6). Andere sehen das Charakteristische des Rechtsgeschäfts auf Todesfall darin, daß es eine Vergabung aus der Erbschaft, nicht aus dem gegenwärtigen Vermögen enthalte (Note 2), und erklären demnach die Schenkung auf Todesfall, „obgleich sie mortis causa gemacht und genannt wird, dennoch für ein negotium inter vivos". Unger §. 77 Note 13. S. auch v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 104 fg., Savigny Syst. IV §. 144.

[2] In der Schenkung auf Todesfall „praesens praesenti dat", l. 28 D. h. t. 39. 6. Theoph. ad §. 1 I. de don. 2. 7: „ἀπο ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται". Dieß ist auch dann wahr, wenn die Schenkung auf Todesfall unter der aufschiebenden Bedingung des Nichtüberlebens des Schenkers gemacht wird (II §. 369 Note 2); es wird dann eben ein bedingtes Recht vergeben. Vgl. Unger §. 77 Note 11. 14.

[3] S. II §. 369 Note 4. 5. Vgl. Hasse Rhein. Mus. III S. 17 fg. 378, Hartmann Erbverträge S. 73 fg.

Aus dem Zweck der Schenkung auf Todesfall ergibt sich, daß sie in ihrem Bestande abhängig ist von dem Nichtüberleben des Schenkers[4]. Sie ist, wie jede Verfügung auf Todesfall, eine Zuwendung an die Person als solche, und daher ohne Wirkung, wenn zur Zeit des Todes des Schenkers der Beschenkte nicht mehr vorhanden ist[5]. Aus dem Zweck der Schenkung auf Todesfall erklärt sich aber auch, daß im Laufe der Zeit auf sie die rechtlichen Grundsätze von den Vermächtnissen in umfassendem Maße übertragen worden sind, und dieß ist der Grund, weßwegen, nachdem sie bereits in der Lehre von der Schenkung behandelt worden ist (II §. 369), hier noch einmal auf sie zurückgekommen werden muß.

§. 676*.

1. Die Fähigkeit zur Errichtung einer Schenkung auf Todesfall und die Fähigkeit, mit einer Schenkung auf Todesfall bedacht zu werden, unterliegen den Beschränkungen der activen und passiven Vermächtnißfähigkeit, so weit diese Beschränkungen auf einem Strafgesichtspunkt beruhen[1]. Die Fähigkeit des Haus-

---

[4] L. 32 D. h. t. „Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur". L. 7 l. 27 l. 35 §. 2 l. 42 §. 1 D. h. t., Paul. S. R. III. 7 §. 2.

[5] S. II §. 369 Note 1.

* W. Müler über die Natur der Schenkung auf Todesfall S. 29 fg. Hasse Rhein Mus. II S. 353 fg. III S. 378 fg. v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 112 fg. Savigny Syst. IV 172. 173. Keller Institutionen S. 352 fg. Mayer Legate §. 14. Vangerow II §. 562. 563. §. 676.

[1] Nicht unbedingt. So ist z. B. die von einem Pupillen auctoritate tutoris gemachte Schenkung auf Todesfall nicht nichtig (l. 1 §. D. de tutelae 27. 3), und das Hauskind kann aus seinem Peculium mit Zustimmung des Vaters eine Schenkung auf Todesfall machen (l. 7 §. 4 D. de don. 39. 5, l. 25 §. 1 D. h. t., vgl. §. 539 Note 8). Auch der im Text aufgestellte Satz wird in dieser Allgemeinheit in den Quellen nicht ausgesprochen. Aber s. l. 7 D. h. t., l. 32 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 l. 22 l. 35 pr. l. 37 D. h. t., Vat. fr. 259; Nov. 87. L. 7 cit.: „Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant". L. 9 cit.: „Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possint". L. 22 cit.: „In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit". In den Entscheidungen dieser Stellen darf und muß, namentlich auch Ange-

sohns, über den castrensischen Erwerb zu testiren, erstreckt sich auch auf die Schenkung auf Todesfall[2].

2. Die Schenkung auf Todesfall kann gültig auch in Codicillarform errichtet werden[3].

3. Die Schenkung auf Todesfall wird wie ein Vermächtniß behandelt den Erbschaftsgläubigern gegenüber, d. h. sie kommt zum Zuge erst wenn alle Erbschaftsschulden berichtigt sind[4]. Sie wird wie ein Vermächtniß behandelt den Erben gegenüber was die Verletzung des Notherbenrechts[5] und die Verletzung der Fal-

---

sichts der in Note 13 genannten Stellen, die Anerkennung eines Princips gefunden werden. Andere freilich wollen so weit nicht gehen. Vgl. Hasse II S. 360 fg., Schröter S. 118 fg., Savigny S. 259 fg., Vangerow §. 562 S. 566.

[2] L. 15 D. h. t., l. 7 §. 6 D. de don. 39. 5, l. 32 §. 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[3] D. h. näher: wenn die Schenkung Mehr als 500 Ducaten beträgt, so kann die Form der gerichtlichen Protokollirung (II §. 367 Num 2) durch die Codicillarform ersetzt werden. L. 4 C. h. t., von Justinian. Abweichende Meinungen über den Inhalt dieser Verordnung: 1) die in derselben zugelassene Ersatzform sei nicht die Codicillarform, sondern die Zuziehung von 5 (fähigen) Zeugen. So Schröter S. 144. 150, Vangerow §. 569 Anm. Nr. II, Sintenis III §. 216 Anm. 21. Dagegen Hasse Rhein. Mus. III S. 410, Savigny Syst. IV S. 263, Heimbach a. a. O. (§. 675*) S. 717. Justinian nennt allerdings nicht die Codicillarform, sondern spricht nur von der Zuziehung von 5 Zeugen: aber er thut dieß in Gleichstellung der Schenkung auf Todesfall mit den Vermächtnissen. 2) Andere behaupten, die in l. 4 cit. bezeichnete Form sei keine zugelassene Ersatzform, sondern eine für alle Schenkungen auf Todesfall vorgeschriebene Form. Diese früher sehr verbreitete Meinung wird neuerdings noch vertreten von Müller §. 27. 28, Wiederhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 4, und in den Urtheilen bei Seuff. Arch. VII. 211. 236, XV. 146 Nr. I, vgl. auch XII. 31, ist aber gründlich widerlegt worden von Schröter S. 133 fg., Savigny S. 262, Vangerow a. a. O. Nr. I. Vgl. auch Hasse Rhein. Mus. S. 9. 493. Seuff. Arch. XV. 146 Nr. II, XIX. 246, XX. 235, XXIII. 46.

[4] L. 17 D. h. t. „Etsi debitor consilium creditorum frundandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam cum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, qiau legatorum instar obtinent“. L. 66 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2.

[5] Vgl. l. 1 §. 1. 5 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 18 §. 1 D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 3 pr. l. 5 §. 7 l. 20 pr. D. de leg. praest. 37. 5. S. ferner §. 581 Note 2.

cidischen Quart angeht[6]. Endlich wird sie wie ein Vermächtniß behandelt auch den Vermächtnissen gegenüber, d. h. sie kann mit einem Vermächtniß beschwert werden, wie ein Vermächtniß[7].

4. Auf die Schenkung auf Todesfall findet Anwendung das bei Vermächtnissen geltende Anwachsungsrecht[8], die bei Vermächtnissen geltende besondere Behandlung der Bedingungen[9], das Verbot des Vergleichs über vermachte Alimente ohne richterliche Genehmigung[10], die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei einem vermachten Nießbrauch[11].

5. Die Schenkung auf Todesfall wird wegen Unwürdigkeit aus den gleichen Gründen verloren wie das Vermächtniß[12]. — Trotz dieser umfassenden Gleichstellung mit den Vermächtnissen ist die Schenkung auf Todesfall weit davon entfernt, ganz

---

[6] S. §. 650 Note 2. Vgl. Gai. II. 225. 226. Collation: s. §. 610 Note 16, aber auch Vangerow §. 562 a. E.

[7] S. §. 626 Note 6 und außer den daselbst citirten Stellen noch l. 1 C. h. t., l. un. §. 8 C. de cad toll. 6. 51. Vgl. auch II §. 316 Note 15 fg. Seuff. Arch. II. 210.

[8] L. un. §. 14 C. de cad. toll. 6. 51.

[9] Mucianische Caution: Nov. 22 c. 44. Erlaß der condicio iurisiurandi: l. 8 §. 3 D. de cond. inst. 28. 7 (vgl. I §. 94 Note 15). In diesen Entscheidungen den Ausdruck eines Princips zu sehen, scheint nicht zu weit gegangen. S. auch Vangerow §. 562 a. E., und vgl. I §. 92 Note 9. §. 94 Note 16.

[10] L. 8 §. 2 D. de transact. 2. 15. Vgl. II §. 414 Note 11.

[11] L. 1 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. Vgl. I §. 204 Note 6.

[12] Anders die herrschende Meinung; und in der That wird der im Text aufgestellte Satz in dieser Allgemeinheit in den Quellen nicht ausgesprochen. Aber er wird ausgesprochen in Nov. 1 c. 1 §. 4 für den in §. 671 unter Num. 7 genannten Fall ohne irgendwelche Betonung, daß dieß etwas Besonderes sei. Sehr mit Unrecht beruft man sich für das Gegentheil auf l. 5 §. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9. „Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario“. Es handelt sich in dem Fall dieser Stelle um den Verlust des Vermächtnisses wegen eines gegen das Testament gerichteten Angriffs (§. 671 Num. 1). Aber durch einen gegen eine letztwillige Verfügung gerichteten Angriff wird eben auch nur das in dieser Verfügung Hinterlassene verloren. Daß die Entscheidung nicht aus der Natur der Schenkung auf Todesfall hergenommen ist, ergibt sich sehr deutlich aus §. 18 eod., nach welcher Stelle durch Angriff gegen das Testament sogar die in demselben ausgesetzte mortis causa capio (das condicionis implendae gratia Hinterlassene) verloren werden soll. So beweist also umgekehrt diese letztere Stelle für den im Text aufgestellten Satz.

in das Vermächtniß aufgegangen zu sein, und es bestehen zwischen dem Recht derselben und dem Vermächtnißrecht noch immer durchgreifende Unterschiede[13]. Die Schenkung auf Todesfall kommt zu Stande erst durch die Acceptation des Beschenkten[14] und wird andererseits durch diese Acceptation erworben[15]. Sie kann, wenn der Werth des Geschenkten nicht 500 Ducaten übersteigt, formlos errichtet werden[16]. Für die Fähigkeit zu schenken und beschenkt zu werden gelten abgesehen von der oben unter Num. 1 bezeichneten Ausnahme die Vertragsgrundsätze[17]. Ihr Bestand ist unabhängig

---

[13] Die alten Juristen stritten darüber, wie weit in der Unterwerfung der Schenkung auf Todesfall unter das Vermächtnißrecht gegangen werden dürfe. Diesen Streit hat Justinian zu Gunsten der weitergehenden Meinung entschieden, l. 4 C. h. t., pr. I. de don. 8. 7, Nov. 87 pr. Dabei übertreibt er im Ausdruck, so daß man annehmen möchte, er habe allen Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsinstituten aufheben wollen, während er doch selbst diese Uebertreibung auf das richtige Maß in der Bemerkung zurückführt: „constitutum est, ut per omnia *fere* legatis connumeretur" (pr. I. cit.).

[14] Die Schenkung auf Todesfall ist nothwendigerweise Vertrag, auch abgesehen von dem II §. 365 Note 5 Gesagten schon deßwegen, weil die Beschränkung auf den Fall, des Ueberlebens des Beschenkten (des Nichtüberlebens des Schenkers) nur auf dem Vertragswege zum Ausdruck gebracht werden kann. A. M. Müller S. 41 fg. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 246.

[15] Daher l. 35 §. 7 D. h. t. „Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est. Nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et condicio eius, cui expromissum est, semel intuenda est". Ferner gehört hierher die, freilich ihrem unmittelbaren Inhalt nach nicht mehr praktische und nach Justinianischem Recht (l. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51) nichts Besonderes mehr enthaltende, Schlußbestimmung der l. 44 D. h. t. „Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cuius mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed magis eius inspicienda est, cui donatum est. Sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur".

[16] S. Note 3.

[17] S. Note 1. Die Fähigkeit des Hauskindes, mit Genehmigung des Vaters eine Schenkung auf Todesfall aus seinem Peculium zu machen, wird in den daselbst genannten Stellen nur für das peculium concessum bezeugt, und deßwegen von Manchen hierauf beschränkt (vgl. Fritz Arch. f. civ. Pr. VI. 9, Vangerow II §. 428 Anm. Nr. II). Aber es scheint nicht zweifelhaft, daß dem Hauskinde die gleiche Fähigkeit in Betreff des adventicischen Erwerbes nicht versagt werden darf. Die Zustimmung des Vaters, sagt l. 25 §. 1 D. h. t., kann dem Kinde keine testamenti factio geben, welche

von jedem Schicksal der Erbschaft[18]. Sie bewirkt, wenn sie auf das Vermögen als Ganzes gerichtet ist, keine Gesammtnachfolge[19].[20]

III. Zuwendung von Todeswegen durch Setzung einer Bedingung*.

§. 677.

Eine Zuwendung von Todeswegen kann auch in der Weise gemacht werden, daß eine Erbeseinsetzung oder ein Vermächtniß an die Erfüllung einer Bedingung geknüpft wird, deren Inhalt eine Leistung an eine andere Person ist[1]. Diese andere Person hat keinen Anspruch auf die Erfüllung der Bedingung, aber durch die Erfüllung der Bedingung[2] eine Bereicherung, welche ihr der Erblasser mit den Mitteln des Nachlasses[3] verschafft hat.

---

es nicht hat; wenn diese Stelle nichtsdestoweniger dem Hauskinde die Fähigkeit beilegt, mit Zustimmung des Vaters auf Todesfall zu schenken, so spricht sie damit aus, daß die Unfähigkeit des Kindes, auf Todesfall zu schenken, nur im Mangel seiner Berechtigung an dem Schenkungsgegenstand ihren Grund hat. Es kommt hinzu, daß nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts der Vater am peculium adventicium nicht sowohl Nießbrauch, als Eigenthum mit Entziehung der Befugniß zur Verfügung über die Substanz hatte (II §. 517 Note 1).

[18] Weil kein bestimmter Beschwerter vorhanden ist. Vgl. 639 Num. 5.

[19] Dieselbe versteht sich nicht von selbst, und von einer Erstreckung der Vorschrift des SC. Trebellianum auf die Schenkung auf Todesfall findet sich in unseren Quellen keine Spur. Vgl. Vangerow §. 561 Anm. Nr. I. 3 und Citate das.

[20] Daß bei der Schenkung auf Todesfall die Widerruflichkeit vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann, begründet nach heutigem Recht eine Eigenthümlichkeit derselben gegenüber dem Vermächtniß nicht mehr. S. §. 632 und §. 564 Note 5. — Wenn gelehrt zu werden pflegt, daß bei der Schenkung auf Todesfall auch das interdictum quod legatorum ausgeschlossen sei, so gründet doch die dafür angeführte l. 1 §. 5 D. quod. leg. 43. 3. diesen Ausschluß auf die von Seiten des Schenkers vollzogene Tradition.

* Keller Institutionen S. 357—361. E. Schlagintweit Jahrb. f. Dogm. IV. 6 (1863). §. 677.

[1] Nach römischem Recht auch eine Freilassung.

[2] Vgl. l. 8 D. si quis om. causa test. 29. 4, l. 44 pr. §. 1 D. de cond. 35. 1.

[3] Mit den Mitteln des Nachlasses, — „licet non ex bonis mortui

In der That steht ein solcher Erwerb[4], wenn man von dem fehlenden Vermächtnißzwang absieht, dem Erwerb aus einem Vermächtnisse gleich, und daher ist auch auf ihn, wie auf die Schenkung auf Todesfall, das Recht der Vermächtnisse in umfassendem Maße erstreckt worden. So kann namentlich derjenige, welchem die passive Vermächtnißfähigkeit zur Strafe entzogen ist, auch in dieser Weise nicht erwerben[5], und das Erworbene wird wegen Unwürdigkeit verloren aus denselben Gründen wie ein Vermächtniß[6]. Ferner finden die Vermächtnißgrundsätze Anwendung was das Notherbenrecht[7] und das Recht der Falcidischen Quart[8] angeht. Ein Erwerb dieser Art kann mit einem Vermächtniß beschwert werden[9]. Ein Vergleich über Alimente, welche in dieser Art hinterlassen sind, bedarf zu seiner Gültigkeit der richterlichen Genehmigung[10].[11]

---

proficiscitur", l. 36 D. h. t. (de mortis causa donationibus et *capionibus* 39. 6).

[4] Erwerb condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia Vgl. II §. 427 Note 9 fg.

[5] L. 9. 36 D. h. t. S. andererseits l. 55 D. de cond. 35. 1, l. 3 D. de reb. dub. 34. 5.

[6] L. 5 §. 18 D. de his quae ut ind. 34. 9.

[7] S. §. 582 Note 1, §. 581 Note 2.

[8] S. §. 650 Note 2 a. E., §. 652 Note 11. 15.

[9] S. §. 626 Note 7.

[10] L. 8 §. 2 D. de transact. 2. 15.

[11] Der Erwerb condicionis implendae gratia fällt unter die allgemeinere Kategorie der mortis causa capio. Mit diesem Ausdruck im technischen Sinn wird jeder in Folge des Todes einer Person eintretende Erwerb bezeichnet, welcher keinen besonderen Namen hat. L. 8 pr. l. 31 pr. l. 38 D. h. t. L. 31 cit.: „Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur". Zur mortis causa capio in diesem Sinne wird in den Quellen außer dem Erwerb condicionis implendae gratia noch gerechnet: a) was Jemand erhält als Entgelt für die Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung eines Erbschafts- oder Vermächtnißanspruchs, l. 8 pr. l. 21 l. 31 §. 2 D. h. t., l. 24 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 12 D. h. t.; b) was Jemandem gegeben wird für den Fall des früheren Todes einer dritten Person, l. 18 pr. l. 31 §. 2 D. h. t. (vgl. Hasse Rhein. Mus. II S. 315, Savigny Syst. IV S. 243, Erxleben cond. sine causa II S. 162, Unger §. 77 Note 4; Keller S. 347. 348). Diese allgemeine Kategorie von mortis causa capio hat juristische Brauchbarkeit nicht. Wenn es in l. 9 D. h. t. heißt: „Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata capere

IV. Sonstige letztwillige Anordnungen*.

§. 678.

1. Ernennung eines Vormundes, Bestimmungen über die Erziehung der Kinder. Hiervon ist bereits an anderen Punkten des Systems geredet worden[1].

2. Anordnungen über die Art und Weise des Begräbnisses; über Ausstattung und Pflege des Grabes; über die Feier des Andenkens des Verstorbenen durch religiöse oder sonstige Veranstaltungen: Abhaltung von Seelenmessen, Errichtung eines Denkmals und dgl.; über Annahme des Namens des Erblassers; ähnliche Anordnungen. Sind Auflagen dieser Art einem Vermächtnißnehmer gemacht, so braucht der Beschwerte ihm das Vermächtniß nicht eher herauszugeben, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat[2]. Ist die Auflage einem Erben gemacht, so wird demselben die Verfolgung der Erbschaft versagt, wenn er die Erfüllung der Auflage verweigert[3]; hat er Miterben, so können ihn diese zur Gewährung der nöthigen Geldmittel anhalten[4]. Im Nothfall kann das Gericht nach seinem Ermessen, von Amtswegen oder auf Antrag der geistlichen Behörde einschreiten[5], und in letzter Linie kann den Belasteten dasjenige,

---

possunt" so gilt das gewiß nicht für den zuvor bei b bezeichneten Erwerb, und vielleicht nicht einmal für den bei a bezeichneten (vgl. l. 36 D. h. t.). In l. 24 D. de A. v. O. H. 29. 2 wird mit dem Begriff der mortis causa capio, wie es scheint, der Satz in Verbindung gebracht, daß derjenige, welcher sich etwas für die Ausschlagung einer Erbschaft hat geben lassen, bis zum Betrag des Empfangenen den Vermächtnißnehmern haftet (§. 641 Note 9).

* Elvers Arch. f. prakt. RW. IV S. 114—139 (1857). §. 678.

[1] S. II §. 433 Num. 1. §. 446 Note 9. §. 514 Note 7. §. 526 Note 5.

[2] S. §. 636 Note 4.

[3] L. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 §. 6 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. §. 556 Note 3. Pfeiffer prakt. Ausführungen I S. 31 fg. (Auflage den Namen des Erblassers anzunehmen).

[4] L. 18 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 D. de annuis 33. 1.

[5] S. §. 567 Note 5, §. 636 Note 5. Die daselbst citirte l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1 sagt: „Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est, sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci".

was er auf Grund der ihm gemachten Zuwendung erhalten hat, von dem dadurch Benachtheiligten wieder genommen werden[6].

3. Verbot der Veräußerung des Hinterlassenen, Anordnung einer besonderen Verwaltung für dasselbe, Beschränkung in der Verwendung oder Anordnung einer bestimmten Art der Verwendung. Das Verbot der Veräußerung des Hinterlassenen hat keine rechtliche Bedeutung, wenn es nicht in Verbindung gebracht ist mit einem Gebot der Herausgabe an eine dritte Person; in diesem Fall ist die Veräußerung nichtig[7]. Die Anordnung einer besonderen Verwaltung für das Hinterlassene, und in Verbindung damit die Entziehung der Verfügungsbefugniß des Bedachten, hat rechtliche Wirksamkeit sei es nach dem Gesichtspunkt der Vormundschaft, sei es nach dem Gesichtspunkt der Testamentsvollstreckung[8]. Auf diesem Wege kann der Erblasser auch erreichen, daß das Hinterlassene in gewisser Weise verwendet werde oder nicht verwendet werde[9]; abgesehen hiervon ist eine solche Verwendungsauflage oder Verwendungsbeschränkung nur wirksam nach dem Recht der Voraussetzung[10].

---

[6] S. §. 636 Note 2. b.

[7] S. I §. 172a Note 5, auch III §. 625 Note 19 fg.

[8] S. II §. 446 Note 9, III §. 567 Note 6 fg. Dabei kommen jedoch auch die Grundsätze des Notherbenrechts in Betracht, vgl. 582 Note 2, §. 583 Note 6 fg. Von diesem Fall handelt der oben bei * citirte Aufsatz im Besonderen; s. ferner Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 18.

[9] Sehr nahe liegend ist namentlich die Anordnung, daß bis zu einem gewissen Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer gewissen Eventualität die Früchte zum Capital geschlagen werden sollen.

[10] Note 2. 3. 6. Vorerst aber ist zuzusehen, ob der Erblasser auch wirklich die Absicht gehabt hat, eine Nöthigung aufzulegen, und nicht vielmehr, einen bloßen Rath zu ertheilen oder eine sonstige unverbindliche Hinweisung zu machen. S. l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 88 §. 3 D. de leg. II° 32, und vgl. l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 13 §. 2 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

Register.

Die größeren Ziffern bezeichnen die §§., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen die §§., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen die §§., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen die §§., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Rev.
Windbolend

Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts

Bd.: 3

Düsseldorf 1874